Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse

Wolfgang Scheuffler

1962

Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Wolfgang Scheuffler

UNIV. BIBLIOTHEK LEIDEN

München 1962

A. Schubert, München 5, Corneliusstr. 21 · Telefon 22 17 77

Referent: Professor Dr. Dr. A. HUECK
Correferent: Priv.-Dozent Dr. W. ZÖLLNER

Tag der mündlichen Prüfung: 30.7.1962

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Wolfgang Scheuffler

München 1962

A. Schubert, München 5, Corneliusstr. 21 · Telefon 22 17 77

Referent:	Professor Dr. Dr. A. HUECK
Correferent:	Priv.-Dozent Dr. W. ZÖLLNER

Tag der mündlichen Prüfung: 30. 7. 1962

MEINER MUTTER

und

DEM ANDENKEN MEINES VATERS,

gef. 21.7.1942 vor Krassnyj-Sulin/Ukraine

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546810_0022

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	XI
A. Einleitung	1
B. Problemstellung und Lösung	2
I. Abgrenzung des Themas	2
1. Aufsichtsratsausschüsse	2
2. Sonderorgane	2
3. Einzelmitglieder	2
4. Der AR-Vorsitzer	3
II. Die wesentlichen Aufgaben und Befugnisse des AR	3
III. Die Verfassung des AR	4
IV. Zur ergänzenden Anwendung der Bestimmungen des Vereinsrechts	4
1. Die Auffassung von Simon	5
2. Die Bedeutung von Art. 2 I EGHGB	5
3. Ergänzende Anwendung des Vereinsrechts oder der Bestimmungen über die bürgerlich rechtliche Gesellschaft	5
4. Die Auffassung von Pinner und Kritik	6
5. Die Auffassung von Radtke und Kritik	7
6. Ergebnis	8
C. Die Auswirkungen der Verletzung von Ordnungsvorschriften	9
D. Formelle Fehler	10
I. Ordnungsgemässe Einberufung	10
1. Einladung	10
2. Zuständiges Organ	10
3. Abhilfe bei Verhinderung des zuständigen Organs	10
4. Die Einladung nach § 94 II AktG	12
5. Die technische Durchführung der Einladung	12
6. Die Form der Einladung und ihre Verletzung	13
7. Einzuhaltende Frist	13
II. Die Pflicht zur Mitteilung der Tagesordnung	14
1. Der Anspruch jedes einzelnen Mitgliedes auf Mitteilung ist unabdingbar	14

Seite

2. Folgen der Verletzung 15
   a) Völliges Fehlen der Tagesordnung 16
   b) Fehlen einzelner Punkte 16
3. Die ausnahmsweise Zulässigkeit der Mitteilung der Tagesordnung durch Satzungsbestimmung 17

III. Voraussetzungen für die Mitgliedschaft 17
1. Die Anstellung 18
2. Erlöschungsgründe 18
   a) Zeitablauf 18
   b) Niederlegung 18
   c) Widerruf der Bestellung 19
   d) Beendigung des Amtes eines gerichtlich Bestellten 20

IV. Voraussetzungen ordnungsgemässer Abstimmung 21
1. Die Beschlussfähigkeit 21
2. Die Unterscheidung der Beschlussfähigkeit von ähnlichen Begriffen 21
3. Die Beseitigung der Unvollständigkeit und der fehlenden Beschlussfähigkeit 22
4. Die zulässigen Satzungsbestimmungen hinsichtlich der Mitgliederzahlen 22
   a) Variable Anzahl von AR-Mitgliedern 22
   b) Mindestzahlen 23
   c) Höchstzahlen 24
5. Fälle fehlender Stimmberechtigung 25
   a) Ruhen des Mandats 25
   b) Nicht ordnungsgemässe Wahl und ihre Rechtsfolgen 27
   c) Stellung der stellvertretenden Mitglieder und der Ersatzmitglieder 28
   d) Anfechtung der Stimmabgabe 29
   e) Folgen der Verletzung von Wählbarkeitsvoraussetzungen 30
   f) § 90 I AktG 32
   g) Stimmberechtigung und Interessenkollision 33
6. Folgen des Mitstimmens Nichtberechtigter 34

V. Form der Abstimmung 35
1. Die Zulässigkeit mündlicher und schriftlicher Abstimmung 35
2. Die Unzulässigkeit telefonischer Abstimmung 36
3. Stimmabgabe nicht Erschienener 37
4. Keine Mehrstimmrechte 38

Seite

VI. Abstimmungsergebnis 39
1. Regelung bei Stimmengleichheit 39
2. Die Zulässigkeit besonderer Mehrheiten 40

VII. Probleme im Zusammenhang mit der Bildung von AR-Ausschüssen 42
1. Zusammensetzung 42
2. Rechtsverhältnis zwischen AR und Ausschuss 44
3. Fehlende Handlungsfähigkeit des Ausschusses als Folge fehlender Beschlussfähigkeit des AR 44

E. Einschränkung der Nichtigkeit bei Mängeln des Beschlussverfahrens 45

I. Der Grundsatz fehlender Ursächlichkeit (BGH 12, 327) 46

II. Verzichtbarkeit auf die Geltendmachung der Mängel des Beschlussverfahrens 46

III. Die Zulässigkeit der Berufung auf die Nichtigkeit unter Berücksichtigung des Grundsatzes: 48
a) der Verwirkung 48
b) der Treuepflichten der AR-Mitglieder 49

F. Fehlerhafte Beschlüsse des AR im Zusammenhang mit § 15 MitbestErgG 50

I. Ausnahme des Grundsatzes der Alleingeschäftsführungsbefugnis des Vorstandes 51

II. Teilnahmeberechtigung bei Beschlussfassungen nach § 15 MitbestErgG 51

III. Die Beschlussfähigkeit nach § 15 MitbestErgG 53

IV. Mehrheitserfordernisse 53

G. Materielle Fehler 54

I. Der Umfang der Zuweisung von Aufgaben an einen AR-Ausschuss 54
1. Die Auffassung von Ritter und von Godin-Wilhelmi 55
2. Die Auffassung von Meilicke 55
3. Die herrschende Ansicht 55

II. Die Beschränkung des Vorstandes in der Geschäftsführung 58
1. Der Grundsatz der alleinigen Zuständigkeit des Vorstandes für Massnahmen der Geschäftsführung 58

Seite

2. Die Kompetenz zur Regelung der Zustimmungsbedürftigkeit 59
3. Die Zulässigkeit einer allgemeinen Zustimmung 59
4. Grenzen der Zustimmungsbedürftigkeit 59
5. Die Geschäftsverteilung unter die Vorstandsmitglieder 61
6. Die Machtbefugnisse des AR bei Nichtbeachtung fehlender Zustimmung 61

III. Die Verteilung der Vergütung des AR und seiner Beauftragten durch AR-Beschluss 62
1. Die Zuständigkeit des AR zur Bewilligung der Vergütung an Beauftragte des AR 62
2. Grundsätzliche Gleichbehandlung aller AR-Mitglieder bei der Verteilung der Vergütung 62

IV. Die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Aktionäre und der AR-Mitglieder: 63
1. Bei der Inanspruchnahme des genehmigten Kapitals 63
2. Das Verbot der Begründung von Sonderrechten 64

V. Einzelfälle 64
1. Keine Entscheidungszuständigkeit des AR bei Meinungsverschiedenheiten des Vorstandes 64
2. Die Bindung des AR an die Satzung im Zusammenhang mit der Bildung und Beauftragung von Ausschüssen 64

H. Zusammenfassung 65

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aaO	= am angegebenen Ort
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	= Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	= am Ende
a.F.	= alter Fassung
AG	= Aktiengesellschaft
AG	= Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AktG	= Aktiengesetz
allg. Ansicht	= allgemeine Ansicht
a.A.	= anderer Ansicht
Anh.	= Anhang
Anm.	= Anmerkung
AR	= Aufsichtsrat
ArbuR	= Arbeit und Recht
ArchfbürgR	= Archiv für bürgerliches Recht
Aufl.	= Auflage
BABl.	= Bundesarbeitsblatt
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BankA	= Bankarchiv, Zeitschrift für das Bank- und Börsenwesen
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	= Betriebsberater, Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz vom 10.10.1952 (BGBl I 681)
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	= Bundesgesetzblatt

BGH	= Bundesgerichtshof
bzw.	= beziehungsweise
DB	= Der Betrieb
ders.	= derselbe
DFG	= Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
d.h.	= das heisst
Diss.	= Dissertation
DJ	= Deutsche Justiz
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	= Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
DR	= Deutsches Recht
DRZ	= Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVO	= Durchführungsverordnung
EG	= Einführungsgesetz
GmbHG	= Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
herrsch. A.	= herrschende Ansicht
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
HV	= Hauptversammlung
JFG	= Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchwesens
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
KGJ	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs

LZ	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	=	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
MitbestG	=	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21.5.1951 (BGBl I 347)
MitbestErgG	=	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 7.8.1956 (BGBl I 707)
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	=	Nummer
oHG	=	offene Handelsgesellschaft
OLG	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann
RdA	=	Recht der Arbeit
"R"	=	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenbund
Ref. Entw.	=	Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium 1958
Reg. Entw.	=	Entwurf der Bundesregierung zum Aktiengesetz vom März 1960
RG	=	Reichsgericht, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RjM	=	Reichsjustizministerium
S.	=	Satz, Seite
s.	=	siehe
SeuffA	=	Seufferts Archiv
str.	=	streitig
st. Rspr.	=	ständige Rechtsprechung
unstr.	=	unstreitig
Urt.	=	Urteil

vgl.	= vergleiche
Voraufl.	= Vorauflage
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
z.T.	= zum Teil

Wegen der Zitierung des Schrifttums vgl. das folgende Literaturverzeichnis.

LITERATURVERZEICHNIS

Auffarth:	Fritz Auffarth, die Neuregelung der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates, NJW 57, 1702
Bärmann:	Johannes Bärmann, Satzungsänderungen auf Grund des BetrVG, BB 53, 534
Bartholomeyczik:	Horst Bartholomeyczik, die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluss, AcP 144, 287
Baumbach-Hueck:	Komm. z. AktG, 11. Aufl., begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Alfred Hueck unter Mitwirkung von Götz Hueck, München und Berlin 1961
Bayer:	Wilhelm F. Bayer, die Anpassung der Gesellschaftssatzungen an das BetrVG, JZ 53, 261
Bergmann:	Hans Bergmann, Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, NJW 53, 84
Boldt, MitbestG:	Gerhard Boldt, Kom. zum Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, München und Berlin 1952
Boldt, MitbestErgG:	ders., Kom. zum Mitbestimmungsergänzungsgesetz Eisen und Kohle, München und Berlin 1957
Breska:	Herbert von Breska, zur Neugestaltung der Satzungen, BankA XXXVII, 156
Brodmann, AktG:	Erich Brodmann, Gewerbe- und Industriekommentar, Bd. IV, Kom. zum Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928
DGB-Änderungsvorschläge:	Änderungsvorschläge des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Regierungsentwurf eines AktG und eines Einführungsgesetzes zum AktG, Düsseldorf 1961
DGB-Stellungnahme:	Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Regierungsentwurf eines AktG und eines Einführungsgesetzes zum AktG, Düsseldorf 1960
Dietz, BetrVG:	Rolf Dietz, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kom., 3. Aufl., München und Berlin 1960
Duden:	Konrad Duden, Beschlussfassung im Dreier-Aufsichtsrat, BB 50, 803

Enneccerus-Nipperdey:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus, neu bearbeitet von Hans Carl Nipperdey, 15. Aufl., Bd. I, 1. Halbband, Tübingen 1959, 2. Halbband, Tübingen 1960
Fitting:	Karl Fitting, das Mitbestimmungsgesetz für Obergesellschaften, BABl 56, 499
Fitting-Kraegeloh:	Karl Fitting, Fritz Auffarth, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 5. Aufl., Berlin und Frankfurt 1960
Frels, Überweisung:	Harro Frels, Überweisung und Übertragung von Zuständigkeiten der Organe der Aktiengesellschaft, Diss., Göttingen 1956
Frels, Ausschüsse:	ders., Überweisung von Aufgaben des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft an einzelne seiner Mitglieder, AG 57, 9; 58, 232
Friedländer:	Ewald Friedländer in Festschrift für Albert Pinner zum 75. Geburtstag, Berlin und Leipzig 1932. Vom Recht der Betriebsratsmitglieder im Aufsichtsrat
Froehlich, Franke, Wagner:	Wolfgang Froehlich, Hermann Franke, Hellmuth Wagner, die Beteiligung der Arbeitnehmer im AR nach dem BetrVG, Köln 1953
Galperin-Siebert:	Hans Galperin, Wolfgang Siebert, Komm. zum BetrVG, 3. Aufl., Heidelberg 1958
Gessler:	Ernst Gessler, Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz, JW 1937, 502
Gessler:	ders., die Mitbestimmung in Holdinggesellschaften des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, BB 56, 625
Gessler:	ders., Variable Aufsichtsräte?, DB 53, 440
Otto von Gierke:	Otto Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, am 15. Dez. 1900, Arch. f. bürgl. Recht 19, 132
Gierke, Handelsrecht:	Julius von Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958
Gierke, Ausschüsse:	Julius von Gierke, die Bildung von Ausschüssen eines Aufsichtsrates, AG 57, 75

v. Godin-Wilhelmi:	Reinhard Freiherr von Godin. Hans Wilhelmi, Kom. zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1950
Goldschmit, Aufsichtsrat:	Friedrich Goldschmit, das Recht des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, Berlin 1922
Goldschmit, Aktiengesellschaft:	ders., die Aktiengesellschaft, Kom. zu § 178 - § 319 HGB, München 1927
Grüter:	Erich, Grüter, Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht, Diss. Köln 1955
Gumpert:	Jobst Gumpert, Aktuelle Streitfragen zum Recht der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten der Aktiengesellschaften, BB 54, 932
Herold:	Hermann Herold, Aufsichtsrat und Betriebsverfassungsgesetz, NJW 53, 722
	ders., der Vorstand der Aktiengesellschaft, BankA XXXVIII, 492
Hildebrandt:	Wolfgang Hildebrandt, die telefonische Abstimmung im Aufsichtsrat, DFG 39, 5
	ders., die telefonische Abstimmung im Aufsichtsrat in AG 57, 5 f.
Horrwitz:	Hugo Horrwitz, der aktienrechtliche Verwaltungsrat, in Festschrift für Albert Pinner, Berlin, Leipzig 1932
Hueck, Anfechtbarkeit:	Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, Mannheim, Berlin, Leipzig 1924
Hueck, Gesellschaftsrecht:	ders., Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Berlin und München 1960
Hueck in Hueck-Leibholz:	ders., die Stellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat aus "Zwei Vorträge zum Aktienrecht", München und Berlin 1960
Hueck, Beteiligung:	ders., die Beteiligung der Arbeitnehmer am Aufsichtsrat nach dem BetrVG, DB 52, 782
Hueck, Treuegedanke:	ders., der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947

Hueck, OHG:	ders., das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1951
Götz Hueck, Gleichbehandlung:	Götz Hueck, der Grundsatz der Gleichbehandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958
Kauffmann:	H. Kauffmann, Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats bei Mängeln der Wahl oder fehlerhafter Feststellung der gewählten Arbeitnehmervertreter, DB 55, 1165
Kohler:	Rudi Kohler, der Aufsichtsratsstellvertreter, NJW 55, 205
Knur:	Alexander Knur, Unternehmensform und Betriebsverfassungsgesetz, DNotZ 53, 6
Kötter, MitbestG:	Hans-Wilhelm Kötter, Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, mit Erläuterungen, Berlin 1952
Kötter, MitbestErgG:	ders., Mitbestimmungsergänzungsgesetz (Holdingnovelle) mit Erläuterungen, Berlin 1958
Krause:	Hermann Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung, Marburg 1933
Kunze:	Otto Kunze, die gesetzliche Regelung der Mitbestimmung in den Montan-Obergesellschaften, ArbuR 56, 257
Kunze-Spieker:	Otto Kunze, Wolfgang Spieker, Ersetzung ausscheidender Mitglieder des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft, BB 58, 378
Lehmann, Allg. Teil:	Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl., Berlin 1960
H. Lehmann, Ges. Recht:	ders., Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin 1959
K. Lehmann:	Karl Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften, Bd. 1, II, Berlin 1904
R. Lehmann:	Rudolf Lehmann, die Satzung der Aktiengesellschaften nach dem BetrVG, BB 53, 118

R. Lehmann: ders., die zulässige Höchstzahl von Aufsichtsratsmandanten bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H., BB 53, 355

Makower: H. Makower, Kom. zum HGB, 13. Aufl., bearbeitet von F. Makower, Berlin 1906

Meilicke: Heinz Meilicke, Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse, in Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959

Meissinger: H. Meissinger, Streikende Arbeitnehmervertreter im AR, DB 57, 259

Möhring-Schwartz: Philipp Möhring, Gustav Schwartz, Satzungsgestaltung nach neuem Aktienrecht, Berlin 1938

Müller-Lehmann: Gerhard Müller, Rudolf Lehmann, Kom. zum MitbestG Bergbau und Eisen, Heidelberg 1952

Natzel: Benno Natzel, zur Änderung des Aktien- und Mitbestimmungsrechts, DB 57, 748

Nipperdey in Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts von Alfred Hueck und Hans Carl Nipperdey, II. Bd., 6. Aufl., Berlin und Frankfurt 1957

Otto: Karl-August Otto, Wahl und Ausscheiden der Aufsichtsratmitglieder nach dem Mitbestimmungsgesetz Kohle und Eisen, Diss. Münster 1958

Palandt-Danckelmann: Palandt, Kom. zum BGB, § 1 - § 432 bearbeitet von Bernhard Danckelmann, 21. Aufl., München und Berlin 1962

Pinner: Albert Pinner, die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Bürgl. Gesetzbuches über Vereine auf Aktiengesellschaften, ZHR 50, 100

Radtke: Günther Radtke, Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse, BB 60, 1045

Redding: Günter Redding, Aufsichtsrat und Interessenkollision, NJW 56, 48

Ritter: Karl Ritter, Justus Ritter, Kom. zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin und München 1939

Ritter, Beschränkung: Karl Ritter, die Beschränkung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft in der Geschäftsführung, Diss. München 1957

Samson: Benvenuto Samson, die Zuständigkeit und Zusammensetzung der Aufsichtsrats-Ausschüsse, AG 57, 73

Sauter: Eugen Sauter, der eingetr. Verein, 4. Aufl., München und Berlin 1958

Schilling in Grosskomm. AktG: Wolfgang Schilling in Grosskommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1961

Schlegelberger-Quassowski: Franz Schlegelberger, Leo Quassowski, Gustav Herbig, Ernst Gessler, Wolgang Hefermehl, Kom. zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1939

Schmidt, Umgestaltung: Walter Schmidt, Umgestaltung der Satzungen der Aktiengesellschaften, Berlin und Leipzig 1938

Schmidt in Grosskomm. AktG: ders. im Grosskommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1961

Schmidt, Gutachten: ders., Rechtsgutachten über Fragen zur Stellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, Düsseldorf, 1954, hektografiert bei Rechtsanwalt Dr. Meyer-Landrut, Düsseldorf

Schmidt in Hachenburg: ders. in Kom. zum GmbHG von Max Hachenburg, bearbeitet von Walter Schmidt und Wolfgang Schilling, 6. Aufl., 1. Bd. 1956, 2. Bd. 1959, Berlin

Schmitt: Otto Helmut Schmitt, Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft nach Inkrafttreten des BetrVG, NJW 53, 1373

Schnorr: Gerhard Schnorr, die Pflichten und Rechte der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, ArbuR 53, 132

Scholz: Franz Scholz, Kom. zum GmbHG, 4. Aufl., Köln 1960

Simon: Hermann Veit Simon, der Einfluss des Bürgerl. Gesetzbuches auf das Aktienrecht, ZHR, Bd. 49, 1

Soergel-Siebert: Kom. zum BGB, begründet von Hs. Th. Soergel, 9. Aufl., neu herausgegeben von Wolfgang Siebert, erläutert von dems., Stuttgart 1959

Staub, HGB:	Hermann Staub, Kom. zum HGB, 6. und 7. Auflage, Berlin 1900
Staub-Pinner:	Staub's Kom. zum HGB, bearbeitet von Albert Pinner u.a., 14. Auflage, Berlin und Leipzig 1933
Staudinger-Coing:	Kom. zum BGB Bd. I, erläutert von Helmut Coing, 11. Aufl., Berlin 1957
Staudinger-Weber:	Bd. II, erläutert von Wilhelm Weber, 11. Aufl., Berlin 1961
Teichmann-Koehler:	Robert Teichmann, Walter Koehler, Kom., zum AktG, 3. Aufl., Heidelberg 1950
v. Tuhr:	Andreas von Tuhr, der allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Teil, 2. Band, München und Leipzig 1914
Vallenthin:	Wilhelm Vallenthin, die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse nach den Mitbestimmungsgesetzen, AcP 153, 256
Wagner:	Hellmuth Wagner, die Handlungs- und Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats, BB 57, 713
Werner:	Helmut Werner, der aktienrechtlich zulässige Umfang einer Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes durch den Aufsichtsrat, Diss. Kiel 1952
v. Winterfeld:	Achim von Winterfeld, die Übertragung von Befugnissen des Aufsichtsrats, ArbuR 54, 225
Zitelmann:	Ernst Zitelmann, Lücken im Recht, Leipzig 1903

Zeitschriftenaufsätze werden nach Verfasser, Zeitschrift, Jahrgang und Seite zitiert.

Bei der Anführung von Satzungsbestimmungen werden die Gesellschaften in der börsen-üblichen Bezeichnung abgekürzt.

A. EINLEITUNG

Das deutsche Aktienrecht unterliegt seit dem Ende des zweiten Weltkrieges Veränderungen, die weniger in wirtschaftlichen als vielmehr in sozialpolitischen Umwälzungen ihren Ursprung haben. Hervorzuheben ist als die wichtigste Neuerung, dass die kapitalistische Struktur der Aktiengesellschaft im bisherigen Mass nicht erhalten geblieben ist. Zwar wird man die Hauptversammlung immer noch als das oberste Organ der Gesellschaft bezeichnen können, ihr Einfluss ist aber durch die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern an Aufsichtsrat und Vorstand vermindert worden. Inwieweit in Zukunft die Zusammensetzung des Aufsichtsrats weiteren Veränderungen unterworfen wird, hängt von der politischen Entwicklung ab.

Der linke Flügel der CDU hat es sich zum Ziel gesetzt, die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter am Aufsichtsrat "sinnvoll auszugestalten" 1) und die Stellung der Kleinaktionäre durch Einführung einer besonderen Minderheitsvertretung im Aufsichtsrat zu stärken 2).

Die SPD begnügt sich zwar laut Regierungsprogramm vom 28.4.1961 mit der Forderung auf den organischen Einbau des Mitbestimmungsrechts und auf einen wirksamen Schutz der Kleinaktionäre 3), im Godesberger Programm vom Nov.1959 kann man aber deutlicher lesen, dass die paritätische Mitbestimmung der Montanindustrie nach Auffassung der SPD nur einen Anfang zu einer Neuordnung darstellt und auf die Grosswirtschaft auszudehnen ist 4).

Der DGB fordert eine proportionale Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an den Aufsichtsratsausschüssen 5), Ausdehnung der qualifizierten Mitbestimmung auf die grossen Gesellschaften 6) und schliesslich Stärkung des Arbeitnehmereinflusses im Aufsichtsrat durch Wahl eines Arbeitnehmervertreters zum Vorsitzer oder zu dessen Stellvertreter 7).

Im Zuge dieser Entwicklung wird die Frage mehr und mehr akut, welche Auswirkungen es hat, wenn ein Aufsichtsratsbeschluss an Mängeln leidet. Denn es leuchtet ein, dass durch die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter am Aufsichtsrat die Gefahr der Interessenkollision und das Interesse an einer Berufung auf die Fehlerhaftigkeit von Beschlüssen erhöht worden sind.

Der Aufsichtsrat äussert seinen Willen durch Beschlüsse, die, wie die Arbeit

---

1) vgl. Soziale Ordnung, Einzelentschliessung der CDU-Sozialausschüsse, in Heft 3, S.48/61
2) vgl. Soziale Ordnung, S.136/60
3) Regierungsprogramm der SPD, S.28
4) Grundsatzprogramm der SPD, S.17 f.
5) DGB-Stellungnahme, S.4, DGB-Änderungsvorschläge, S.8
6) DGB-Stellungnahme, S.6
7) DGB-Änderungsvorschläge, S.8

zeigen wird, an vielfältigen Fehlern leiden können. Ist sich der Aufsichtsrat einig, so ist die rechtliche Unwirksamkeit in der Regel ohne Bedeutung, da es in den meisten Fällen nur vom Aufsichtsrat abhängt, ob er den Beschluss als wirksam behandeln will oder nicht. Die Möglichkeit der Uneinigkeit ist durch die Arbeitnehmerbeteiligung gewachsen. Das hat sich bisher nicht nach aussen ausgewirkt, da sich die Beteiligten gütlich zu einigen pflegen. Das kann anders werden, wenn eine ungünstige wirtschaftliche Entwicklung die Überbrückung von Interessengegensätzen erschwert.

B. PROBLEMSTELLUNG UND LÖSUNG

I. ABGRENZUNG DES THEMAS

1. Nach § 93 I S.1 AktG sollen an den Sitzungen des AR und seiner Ausschüsse Personen, die weder dem Vorstand noch dem AR angehören, nicht teilnehmen. Die Bildung von Ausschüssen ist in § 92 IV AktG vorgesehen. Da diese in weitem Umfang Aufgaben und Befugnisse des AR wahrnehmen können, soll die Beschlussfassung der Ausschüsse mitbehandelt werden.

2. Sogenannte Beiräte oder andere Sonderorgane wie Verwaltungsräte und Sachverständigenausschüsse sollen in der Arbeit nicht berücksichtigt werden. Die Zulässigkeit solcher Sonderorgane ergibt sich aus § 128 II Ziff.7 AktG, worin "Beiräte und ähnliche Einrichtungen" erwähnt werden. Aus der Amtlichen Begründung zu § 93 ergibt sich, dass diese die Teilnahme an Sitzungen betreffende Regelung sich insbesondere gegen die Bildung von Beiräten richtet. Die Bedeutung der Sonderorgane ist darauf zurückzuführen, dass nach § 86 I AktG Höchstzahlen für den AR festgesetzt wurden, die dann nicht ausreichen, wenn eine Gesellschaft viele Repräsentanten der Wirtschaft in den AR wählen will, um die geschäftlichen Beziehungen zu intensivieren 1). So sehen die Satzungen grosser Banken die Bildung von regional organisierten Beiräten vor 2).

3. Von Einzelmitgliedern des AR ist nur an wenigen Stellen des Aktiengesetzes die Rede:
In § 79 III geht es um die Kenntnisnahme von zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen, in § 95 II S.2 um das Auskunftsrecht des einzelnen Mitgliedes, nach § 95 VI hat jedes einzelne Mitglied seine Obliegenheiten selbst auszuüben. Schliesslich kann der Gesamtaufsichtsrat einzelne Mitglieder mit bestimmten, in

---

1) vgl. Horrwitz, S.448, der die Beweggründe für die Bildung von Sonderorganen ausführlich schildert.

2) vgl. § 13 Deutsche Bank, § 16 I Dresdner Bank

§ 95 III AktG aufgezählten Aufgaben beauftragen. Während man unter der Geltung des entsprechenden § 246 I S.2 HGB davon ausging, dass über die in § 246 I S.1 HGB aufgezählten Aufgaben hinaus an Einzelmitglieder Zuständigkeiten des AR überwiesen werden konnten 1), nimmt man für das geltende Recht an, dass eine Überweisung von Aufgaben und Befugnissen über § 95 III AktG hinaus nur noch in sehr beschränktem Umfang möglich ist 2). Die Bedeutung, die das mit Einzelaufgaben betraute Mitglied hat, ist also gegenüber dem vor 1937 geltenden Recht erheblich geringer geworden. Schon deshalb soll keine Untersuchung der Fehlerhaftigkeit des Handelns eines Einzelmitgliedes vorgenommen werden. Schliesslich läge eine solche Untersuchung auch deshalb ausserhalb des Themas, weil das Einzelmitglied auf Grund eines Beschlusses des Gesamtaufsichtsrats tätig wird, seinen Willen aber auf Grund eines Entschlusses zum Ausdruck bringt 3).

4. Ähnliches gilt für die Fälle, in denen der AR-Vorsitzer kraft seiner Stellung tätig wird. Ihm stehen alle die Befugnisse zu, die sich aus seiner Eigenschaft als Leiter eines Kollegiums ergeben, ferner ihm besonders vom Gesetz zugewiesene Aufgaben (vgl. §§ 92 II, 93 II, 95 II S.2, 151 I, 155 I, 180 I). Auch er wird auf Grund eines Entschlusses tätig.

II. DIE WESENTLICHEN AUFGABEN UND BEFUGNISSE DES AR

Eine Zusammenstellung aller Fälle, in denen der AR tätig wird, findet sich bei Meilicke 4). Dem Zweck der Arbeit genügt es, einige wichtige Aufgaben zu nennen, um dann zu prüfen, wie der AR die ihm obliegenden Aufgaben erfüllt.

Der AR ist in erster Linie ein Organ zur Überwachung der Geschäftsführung (§ 95 I AktG), welche zwingend dem Vorstand der AG überlassen ist (§ 70 I AktG). Der AR kommt seiner Überwachungspflicht nach, indem er den Vorstand zur Berichterstattung über die Angelegenheiten der Gesellschaft auffordert (§ 95 II S.1 AktG), Bücher und Schriften einsieht, eventuell auch Sachverständige mit der Prüfung beauftragt (§ 95 III AktG). Gelegentlich ist der AR vertretendes Organ, so bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 I AktG) oder bei Klagen gegen Vorstandsmitglieder (§§ 97 I, II, 199 II AktG). Er bestellt und widerruft die Bestellung von Vorstandsmitgliedern (§ 75 AktG), regelt deren Vertretungsbefugnis (§ 71 III S.2) sowie die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 74 I AktG). Schliesslich können einzelne Massnahmen der Geschäftsführung nur unter

---

1) Staub-Pinner, § 246, 12 a; RG HRR 1935 Nr.1447; a.A. Goldschmit, Aufsichtsrat, S.315

2) Baumbach-Hueck, § 95, 2; Schmidt in Grosskomm. AktG § 95, 4; v.Gierke, Ausschüsse, in AG 57, 9; Frels, Überweisung, S.126 ff.

3) Enneccerus-Nipperdey, Bd.II, S.1024; v.Tuhr, Bd.II, S.236

4) S.73 ff.

der Beteiligung des AR durchgeführt werden. So hat der AR den Jahresabschluss, den Vorschlag für die Gewinnverteilung und den Geschäftsbericht zu prüfen (§ 96 I), er erklärt sich gegenüber dem Vorstand über den Jahresabschluss, billigt ihn und entscheidet sich eventuell für eine Feststellung durch die Hauptversammlung (§ 125, Abs. II, III AktG).

Nach § 95 IV AktG kann der AR die Hauptversammlung berufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert. Diese Herausstellung einiger wichtiger Aufgaben mag genügen, um die Bedeutung des AR für die Gesellschaft zu unterstreichen.

Das Gesetz geht stets davon aus, dass der Gesamtaufsichtsrat als Organ handelt, wenn nicht das einzelne Mitglied des AR besonders erwähnt wird 1).

III. DIE VERFASSUNG DES AR

Die innere Ordnung des AR ergibt sich nur lückenhaft aus dem Gesetz. Einzelheiten bleiben der Gesellschaftssatzung und einer Geschäftsordnung, die sich der AR zur näheren Regelung seiner Tätigkeit gibt, vorbehalten. Solche Geschäftsordnungen bestehen bei sehr vielen Gesellschaften, der Aussenstehende erhält in sie verständlicherweise keinen Einblick. Daher kann bei der folgenden Untersuchung der Inhalt von Geschäftsordnungen nicht berücksichtigt werden.

Der AR erfüllt seine Aufgaben und Befugnisse im Wege der Beschlussfassung (§§ 89, 92, II, III AktG). Das AktG enthält keine Bestimmungen darüber, wie das Beschlussverfahren im einzelnen vor sich geht, ob fehlerhafte Beschlüsse des AR anfechtbar und nichtig sein können, endlich wie die Fehlerhaftigkeit geltend zu machen ist. Das alles ist für die Beschlüsse der Hauptversammlung ausführlich in den §§ 105 ff, 195 ff AktG geregelt.

Es ist daher zunächst festzustellen, ob für das Recht des AR ausserhalb der §§ 86 bis 101 AktG stehende Bestimmungen anzuwenden sind, gegebenenfalls um welche es sich dabei handelt.

IV. ZUR ERGÄNZENDEN ANWENDUNG DER BESTIMMUNGEN DES VEREINSRECHTS

Die herrschende Ansicht kommt, wenn auch auf dem Wege verschiedener Begründungen, zu dem Ergebnis, dass das Aktienrecht und damit auch das Recht des AR mit Hilfe der Bestimmungen des Vereinsrechts des BGB zu ergänzen ist.

---

1) So in §§ 79 III, 95 II S. 2, 95 III, 2. Halbs., 95 IV

1. Die Auffassung von Simon

Simon 1) begründet die subsidiäre Geltung des Vereinsrechts allein mit den §§ 21, 22 BGB, worin die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Vereine geregelt ist. Nach § 22 S.1 BGB erlangt ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Simon bezieht diese Vorschrift namentlich auf Aktiengesellschaften, welche nach § 22 S.1 BGB Vereine sind, die allerdings die Rechtsfähigkeit nach besonderen reichsgesetzlichen Vorschriften erlangen, für die also die Erlangung der Rechtsfähigkeit nach § 22 S.1 BGB durch staatliche Verleihung ausdrücklich ausgeschlossen ist. Dementsprechend betrachte § 6 II HGB die Aktiengesellschaft als Verein. Simon folgert:

> "Da aber nur die Bestimmungen des BGB über die Voraussetzungen der Rechtsfähigkeit auf die Aktiengesellschaften keine Anwendung finden sollen, so ergibt sich von selbst, dass alle anderen Vorschriften des BGB über Vereine auch für Aktiengesellschaften gelten" 2).

2. Die Bedeutung von Art.2 I EGHGB

Im übrigen wird die subsidiäre Geltung des Vereinsrechts, soweit diese Auffassung vertreten wird, mit Art.2 I EGHGB begründet. Danach kommen auf Handelssachen die Vorschriften des BGB nur insoweit zur Anwendung, als im HGB nichts anderes bestimmt ist. Das Aktienrecht war im HGB vom 10.5.1897 in § 178 - § 334 geregelt; es wurde erst durch das Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30.1.1937 aus dem HGB herausgenommen. Deshalb gilt das EGHGB weiterhin für das Aktiengesetz, worauf in Art.18 II EGAktG ausdrücklich hingewiesen wird.

Es bleibt zu untersuchen, ob das Aktienrecht zu den Handelssachen im Sinne von Art.2 I EGHGB gehört. Nach § 3 AktG gilt die Aktiengesellschaft ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens als Handelsgesellschaft, nach § 13 III GmbHG gilt dasselbe für die GmbH. Die Materien beider Gesellschaftsformen gelten folglich als Handelssachen 3); die zitierte Entscheidung des KG bezieht sich zwar auf eine GmbH, hat aber auch für Aktiengesellschaften Geltung, da § 13 III GmbHG und § 3 AktG hinsichtlich der Aussage, dass die Gesellschaften als Handelsgesellschaften gelten, gleich lauten.

3. Ergänzende Anwendung des Vereinsrechts oder der Bestimmungen über die bürgerlich rechtliche Gesellschaft

Das BGB bietet zwei Rechtsinstitute zur subsidiären Anwendung auf die Aktiengesellschaften an, nämlich die Vorschriften über die bürgerlich rechtliche Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB und die Vorschriften über Vereine in §§ 21 ff. BGB.

---

1) ZHR 49, 1 ff.

2) Simon ZHR 49, 5 f.

3) vgl. KG in OLG 4, 256 = KGJ 23 A 105 = DJZ 07, 53

Die beiden typischen Unterscheidungsmerkmale zwischen Gesellschaft und Verein sprechen dafür, dass es sich trotz des Namens Aktiengesellschaft um einen Verein handelt. Die Aktiengesellschaft ist unabhängig vom Mitgliederbestand. Ausser bei der Gründung ist keine Mindestzahl von Aktionären vorgeschrieben (vgl. § 2 AktG), so dass in den beiden Extremfällen alle Aktien einem Aktionär gehören können 1) oder dass jeder Aktionär nur eine Aktie hat. Tod oder Kündigung eines Mitgliedes, Konkurs über sein Vermögen berühren den Bestand der AG nicht.

Die körperschaftliche Organisation ergibt sich aus dem Aufbau des Gesetzes, welches die drei Organe Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand zwingend vorsieht.

Wegen der Unabhängigkeit vom Mitgliederbestand und der strengen körperschaftlichen Organisation wird die Aktiengesellschaft ihrem Wesen nach als Verein angesehen 2).

4. Die Auffassung von Pinner und Kritik

Die ausführliche Begründung Pinners für seine Ablehnung der subsidiären Anwendung des Vereinsrechts auf das Aktienrecht ist im 50. Bd. der ZHR, S. 100 enthalten.

a) Pinner ist der Meinung, dass die Bezeichnung "Verein" in § 6 II HGB nichts darüber aussage, dass die Kapitalgesellschaften des Handelsrechts Vereine i. S. des bürgerlichen Rechts seien, sondern man könne aus § 6 II HGB nur folgern, dass die Aktiengesellschaft juristische Person sei. Das deshalb, weil nur der im bürgerlichen Gesetzbuch für die durch Personenvereinigung gebildeten juristischen Personen gebrauchte Ausdruck "Verein" ins Handelsrecht aufgenommen werden sollte 3). Pinner unterstellt mit dieser Auffassung dem Gesetzgeber, den Begriff "Verein" in zwei am selben Tag in Kraft getretenen Gesetzen in verschiedenem Sinne gebraucht zu haben.

b) Pinner hält die Begründung der herrschenden Ansicht 4) hinsichtl. der subsidiären Geltung des Vereinsrechts nicht für stichhaltig, wenn sich diese auf die §§ 21,

---

1) die Zulässigkeit der Einmann-Aktiengesellschaft ist allgemein anerkannt: vgl. Baumbach-Hueck, Anh. nach § 15, 1 A

2) KGJ 42 A 164; Makower; 3. Abschn. II; Otto von Gierke in ArchfbürgR 19, 132; Staub, 6. u. 7 Aufl., § 178, 9; K. Lehmann, S. 102; Simon, ZHR 49, 1 ff., 5 ff.; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 105; Baumbach-Hueck, Grundzüge, 1 A; Schmidt in Grosskomm. AktG, § 92, 10; 20 a; Meilicke, S. 76; a. A. Pinner, ZHR 50, 100 ff.; Staub-Pinner, ab 8. Aufl., § 178, 6 a.

3) Pinner, aaO, S. 101 f.

4) vgl. bes. Simon, ZHR 49, 5, KG in OLG 4, 256

22 BGB beruft. Vielmehr folgert Pinner 1) aus der Bestimmung, dass diese Vereine in Betreff der Regelung der Rechtsfähigkeit dem BGB nicht unterliegen, sei zu entnehmen, dass die Gesellschaften der Regelung durch das BGB gänzlich entzogen werden sollten.

c) Pinner 2) folgert aus Art. 2 I EGHGB nicht nur, dass in Handelssachen Vorschriften des BGB insoweit ausgeschlossen sind, als sie einer Bestimmung des HGB widersprechen, sondern weitergehend, dass Einzelbestimmungen des BGB auf handelsrechtliche Institute nicht angewendet werden, die ihre Regelung im HGB gefunden haben:

> "Indem das HGB ein Institut einheitlich regelt, hat es die Präsumtion für sich, dass diese Regelung eine geschlossene sein soll".

Notwendige Ergänzungen sollen daher nur aus den Grundsätzen des HGB, nicht aus anderen Gesetzen gefunden werden können. Diese Ansicht sieht Pinner in § 105 II HGB bestätigt 3), denn darin sei die Heranziehung von Bestimmungen des BGB ausdrücklich gestattet worden. Aus einem argumentum e contrario sei folglich der Schluss gerechtfertigt, dass, wo die Heranziehung nicht ausdrücklich gestattet ist, sie verboten werden sollte.

Pinners Begründung verstösst gegen den ausdrücklichen Wortlaut des Art. 2 I EGHGB. Darin erblickt Pinner im Grunde eine Bestimmung, die die Anwendung von BGB-Vorschriften auf Handelssachen ausschliesst, obwohl Art. 2 I EGHGB eine Ergänzung des gesamten Rechts der Handelssachen durch das BGB begründet, soweit in den handelsrechtlichen Spezialgesetzen nichts anderes bestimmt ist.

5. Die Auffassung von Radtke und Kritik

Radtke ist der Meinung 4), dass die Frage der Gültigkeit der AR-Beschlüsse nur im Wege der Analogie gelöst werden kann. Da der AR seine Existenz der Tatsache verdanke, dass seine Überwachungs- und Kontrollfunktionen und seine sonstigen Aufgaben von der Hauptversammlung nicht ausgeübt werden können, sei er praktisch ein Ausschuss der Anteilseigner. Daher sei es nur naheliegend, auf ihn die Vorschriften über Beschlüsse der Hauptversammlung analog anzuwenden. Das Ergebnis Radtkes mag bestechen, da in den meisten Fällen die aus der Anwendung der Vereinsvorschriften folgende Nichtigkeit fehlerhafter Beschlüsse durch Anfechtbarkeit ersetzt würde. Der Weg Radtkes kann aber aus rechtssystematischen Gründen nicht gebilligt werden.

Wenn sich über die Beschlüsse des AR im Aktiengesetz nur sehr lückenhafte und bezüglich der Fehlerhaftigkeit gar keine Vorschriften finden, so bedeutet das

---

1) aaO, S. 103
2) Pinner, aaO, S. 105
3) aaO, S. 106
4) Radtke, BB 60, 1045 ff.

nicht, dass das Gesetz schon deshalb eine Lücke enthält; denn gemäss Art. 2 I EGHGB, 18 II EGAktG ist das Recht des AR mit Hilfe der Vorschriften des BGB zu ergänzen. BGB und AktG sind insoweit als einheitliches Gesetz zu betrachten, als im Aktiengesetz nichts anderes als im BGB bestimmt ist. Deshalb ist der Ausgangspunkt Radtkes verfehlt, wenn er behauptet, die Frage der Gültigkeit von AR-Beschlüssen sei im AktG selbst nicht geregelt und könne daher nur im Wege einer rechtsanalogen Anwendung anderer Gesetzesbestimmungen gelöst werden. Von einer Gesetzeslücke, deren Vorliegen Radtke annimmt, könnte man nur dann sprechen, wenn sich auch unter Hinzuziehung der BGB-Vorschriften keine Lösung ergeben würde 1).

6. Ergebnis

Wenn auch das Beschlussverfahren des AR im AktG nicht geregelt ist, so kann darin keine Gesetzeslücke erblickt werden, da die Vorschriften des Vereinsrechts des BGB subsidiär Anwendung finden 2).

Fehlerhafte Beschlüsse des AR sind daher grundsätzlich nichtig 3), nicht anfechtbar.

---

1) vgl. Zitelmann, S. 6 f.; Enneccerus-Nipperdey II, S. 339, Lehmann, Allg. Teil, S. 56

2) Herrschende Ansicht: A. Rechtspr.:
KG in OLG 4, 256 = KG J 23 A 105 = DJZ 07, 53; KG 34 A 53, 55; KG 42 A 164, 165; KG DNotZ 40, 319 = DR 40, 456; KG in "Recht" 1929 Nr. 974; OLG München DJZ 1914, 445; OLG Braunschweig in OLG 35, 288; OLG Celle, JW 1904, 167 Nr. 5; RG 57, 95; RG 68, 180; RG 116, 118, 119; BayObLG 1955, 288, 299;
B. Schrifttum: Makower, vor § 178, II; Staub, § 178, 9, bis zur 7. Aufl.; K. Lehmann, I, 102, 105; Otto von Gierke, ArchfbürglR 19, 131, 132; Goldschmit, AR, S. 322, ders. Aktiengesellschaft, § 178, 3; Simon, ZHR 49, 1; Ritter, § 92, 5; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 105; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 10; 20 a; H. Lehmann, Ges. Recht, S. 244; Soergel-Siebert, § 29, 2; einschränkend Brodmann, § 178, 4;
a. A.: Pinner, ZHR 50, 100; Staub-Pinner, § 178, 6 a; § 246, 14.

3) Baumbach-Hueck, § 92, 3 A; Schmidt in GrosskommAktG § 92, 20 a; von Godin-Wilhelmi, § 92, 6, S. 409; Meilicke, S. 78; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 26; a. A. z. T. die GmbH-rechtl. Literatur: Scholz § 52, 15 a. E.; Schmidt in Hachenburg, § 45, 52.

C. AUSWIRKUNGEN DER VERLETZUNG VON ORDNUNGSVORSCHRIFTEN

Nichtig sind nur solche Beschlüsse, bei deren Zustandekommen zwingende Verfahrensvorschriften verletzt wurden oder deren Inhalt sich über zwingende Bestimmungen hinwegsetzt. Daneben gibt es Vorschriften, die den Inhalt der Beschlüsse nicht betreffen, sondern nur bei der Beschlussfassung oder bei der Vorbereitung des Beschlusses beachtet werden "sollen", bei deren Nichtberücksichtigung aber die Gültigkeit des Beschlusses nicht beeinträchtigt wird 1). Solche Ordnungsvorschriften können im Gesetz, in der Satzung oder in einer Geschäftsordnung enthalten sein:

§ 92 II AktG behandelt die Anfertigung einer Niederschrift über die Verhandlungen und Beschlüsse des AR. Durch das Wort "soll" wird klargestellt, dass die Anfertigung der Niederschrift nicht Gültigkeitserfordernis für den Beschluss ist 2).

§ 93 AktG enthält Vorschriften über die Teilnahme Fremder an den Sitzungen des AR. Die Wirksamkeit der Beschlüsse wird aber durch die Teilnahme Unbefugter an der Sitzung nicht berührt 3).

Beispiele für Ordnungsvorschriften in der Satzung liessen sich an Hand des vorliegenden Materials nur selten finden. Häufig ist eine Bestimmung, wonach die Einladung zu einer AR-Sitzung unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen erfolgen soll 4).

Fraglich ist, ob eine Satzungsbestimmung auch dann noch eine Ordnungsvorschrift darstellt, wenn eine Niederschrift über die Verhandlungen und Beschlüsse des AR anzufertigen "ist" 5).

Dem Satzungszweck wird es auch in diesem Fall nicht entsprechen, dass ein Verstoss gegen die Bestimmung den Beschluss ungültig macht 6). Wird allerdings notarische Beurkundung der Beschlüsse vorgeschrieben, so ist die Einhaltung dieser Bestimmung ein Erfordernis für die Gültigkeit der Beschlüsse 7) (§ 125 S.2 BGB); denn in diesem Fall soll die Niederschrift nicht blosse Beweisurkunde sein.

Der AR kann ferner in seiner Geschäftsordnung Ordnungsvorschriften niederlegen,

---

1) Meilicke, S.103; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 20 a; von Godin-Wilhelmi, § 92,6; Schlegelberger-Quassowski, § 92,26;
2) Schmidt, Umgestaltung, S.172; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 20 a; 22; Möhring-Schwartz, S.95; Schlegelberger-Quassowski, § 92,13; Baumbach-Hueck, § 92,4;
3) BGH, 12,327,330; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 20 a; Schmidt, Umgestaltung, S.122; Baumbach-Hueck, § 93, 1;
4) so nach § 9 III Thyssen; § 9 IV Bayer; BASF;
5) § 11 VI Commerzbank; § 10 III MAN; § 5 IX BBC.
6) vgl. OLG Hamburg in OLG 15,304.
7) Schmidt, Umgestaltung S.172; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 22.

die eine nähere Regelung des Beschlussverfahrens beinhalten, ohne die Wirksamkeit der Beschlüsse zu betreffen. Zu denken ist besonders an eine Festlegung der Redezeit, an die Reihenfolge der Abstimmung und ähnliches.

D. FORMELLE FEHLER

Ein AR-Beschluss kann wegen eines Verfahrensfehlers (formeller Fehler) und wegen eines Inhaltsfehlers (materieller Fehler) nichtig sein.

I. ORDNUNGSGEMÄSSE EINBERUFUNG DER SITZUNG

1. Von einer AR-Sitzung kann man nur dann sprechen, wenn an alle Mitglieder des AR eine Einladung erging 1). Wird ein Mitglied nicht eingeladen, so wird diesem Mitglied keine Gelegenheit zur Mitwirkung gegeben. Ein ohne dieses Mitglied gefasster AR-Beschluss ist ohne Rücksicht auf die Ursächlichkeit dieser einen Stimmabgabe auf das Ergebnis nichtig 2), denn es liegt in Wirklichkeit gar keine AR-Sitzung vor 3).

2. Die Einladung zu einer AR-Sitzung hat durch das nach Gesetz oder Satzung zuständige Organ zu erfolgen 4). Mangels einer Regelung in der Satzung ist zur Einberufung der Vorsitzer des AR zuständig. Das ergibt sich einmal aus § 94 I S.1 AktG, wonach das Verlangen nach Einberufung zu einer Sitzung durch die AR-Mitglieder dem AR-Vorsitzer mitzuteilen ist. Dieser hat dann die Einberufung vorzunehmen. Aus § 94 I S.1 AktG ist zu folgern, dass wenn schon eine Einberufung, die nicht auf die Initiative des AR-Vorsitzers zurückgeht, von diesem durchzuführen ist, dann wohl erst recht eine auf seine Initiative zurückgehende Einberufung von ihm durchzuführen ist. Schliesslich ergibt sich die Legitimation des AR-Vorsitzers aus seiner Stellung als Vorsitzer eines Kollegiums 5).

3. Ist der Vorsitzer verhindert, so gehen seine Aufgaben, also auch die Einberufung, auf seinen Stellvertreter über, und wenn auch dieser fortgefallen ist, so auf

---

1) Zur Einladung des AR: KG in DNotZ 40,319 = DR 40,456, zur Einladung der Mitgliederversammlung eines Vereins: RG JW 12,741; Seuff A 77, Nr.53; RG 120, 363, 366; OLG Schleswig NJW 60,1862.
2) RG 66, 371, 372
3) Meilicke, S.79
4) Baumbach-Hueck, § 94, 1; Schmidt in GrosskommAktG § 92,5; § 94,1; Meilicke, S.80
5) Meilicke, S.80

das tatsächlich die Geschäfte führende Mitglied 1), falls der Gesamtaufsichtsrat ein solches mit der vorübergehenden Wahrnehmung der Geschäfte betraut hat 2), was auch durch stillschweigende Duldung geschehen kann. Sind der Vorsitzer und der Stellvertreter des AR fortgefallen, so bedarf es zunächst einer AR-Sitzung, in der die übrigen Mitglieder einen neuen Vorsitzer wählen. Eine Berufung der übrigen Mitglieder darauf, es habe eine Sitzung nicht stattfinden können, weil es an dem zu ihrer Einberufung zuständigen Organ gefehlt habe, ist nicht möglich 3). Vielmehr sind alle übrigen Mitglieder verpflichtet, in Ausübung des Selbsthilferechts nach § 94 II AktG eine AR-Sitzung zu berufen, damit zunächst in dieser ein neuer Vorsitzer gewählt wird. Zu dieser Einberufung genügt die Mitwirkung zweier AR-Mitglieder 4). Die Pflicht zur Ermöglichung der Wahl eines neuen Vorsitzers ergibt sich aus der Stellung jedes einzelnen AR-Mitgliedes, das die ihm zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen hat. Dies ist aber, da das Gesetz die Aufgaben nicht dem einzelnen Mitglied sondern dem Gesamtorgan zuweist, nur durch den gesamten AR möglich. Ein Tätigwerden des AR hat aber die Einberufung zu einer bestimmten Sitzung zur Voraussetzung. Da die Einberufung einer Sitzung vom Vorsitzer auszugehen hat, ist ohne einen Vorsitzer oder Stellvertreter die Erfüllung der dem AR zustehenden Aufgaben nicht möglich. Die Initiative zur Einberufung im Rahmen des Selbsthilferechts kann auch und wird in der Regel vom Vorstand ausgehen (§ 94 II AktG). Bleibt der Vorstand aber untätig, so ist das Tätigwerden jedes einzelnen AR-Mitgliedes eine im Gesetz zum Ausdruck kommende Pflichtaufgabe, der jedes Mitglied nachkommen muss 5). Ritter 6) ist der Ansicht, dass auf diesen Fall § 29 BGB anzuwenden ist, wonach die erforderlichen Vorstandsmitglieder beim Verein unter bestimmten Voraussetzungen vom Amtsgericht zu bestellen sind. Die Anwendbarkeit von § 29 BGB auf die jur. Personen des Handelsrechts ist allg. anerkannt 7). § 29 hat jedoch für das Aktienrecht insoweit nicht zu gelten, als im AktG selbst ein bestimmter Tatbestand eine Regelung gefunden hat (Art. 2 EGHGB). Das ist in § 94 II AktG geschehen. Darin ist zwar nicht enthalten, dass die AR-Mitglieder aus eigenem Antrieb zu einer Sitzung einberufen müssen, immerhin können sie das, wodurch sichergestellt ist, dass eine dauernde Aktionsunfähigkeit des AR nicht eintreten kann, wenn wenigstens 2 Mitglieder (oder der Vorstand) von ihrem Selbsthilferecht Gebrauch machen. Soweit

---

1) Schlegelberger-Quassowski, § 94, 8
2) Schmidt in GrosskommAktG § 94, 3
3) Schmidt in GrosskommAktG § 86, 15
4) Baumbach-Hueck, § 94, 2 A; Staub, § 244a, 5 mit weiteren Nachweisen für das ältere Schrifttum
5) Schmidt in GrosskommAktG 86, 15; Baumbach-Hueck, § 94, 2 A
6) Ritter, § 94, 2 a
7) vgl. Soergel-Siebert, § 29 A 2 unter Hinweis auf RG 116, 118 und BayObLG 1955, 288, 290.

die nach § 89 zur Beschlussfähigkeit erforderliche Zahl von AR-Mitgliedern vorhanden ist, steht dem Tätigwerden des AR also auch dann nichts im Wege, wenn der Vorsitzer und sein Stellvertreter weggefallen sind.
Anders liegt der Fall dann, wenn die zur Vertretung der AG notwendigen Vorstandsmitglieder fehlen (§ 76 AktG). Dann fehlt der AG ein Organ, das erst ihre Handlungsfähigkeit begründet und dessen Fehlen für die Beteiligten wesentliche Nachteile bringen kann. Zum Schutze aller Beteiligten ist eine Notbestellung von Vorstandsmitgliedern nach § 76 AktG durch das Gericht geregelt. Da ein solcher Notfall beim AR wegen § 94 II nicht eintreten kann, ist eine analoge Anwendung von § 29 BGB, der in § 76 AktG auf den Vorstand spezifiziert ist, nicht möglich 1).

4. Nicht nur dann, wenn der Vorsitzer und sein Stellvertreter fortgefallen sind, sondern auch, wenn 2 Mitglieder (ein einzelnes AR-Mitglied kann den Antrag auf Einberufung jederzeit nach § 94 I AktG an den Vorsitzer richten) des AR oder der Vorstand einen Antrag auf Einberufung vergeblich gestellt haben, können diese den AR einberufen. Sie haben nach § 94 II AktG ihren AR-Kollegen den Sachverhalt zusammen mit der Einladung mitzuteilen, so dass die Eingeladenen ersehen können, dass der Fall der Selbsthilfe gegeben ist. Dazu gehört zuerst, dass der AR-Vorsitzer oder Stellvertreter das Verlangen nach Einberufung einer Sitzung abgelehnt hat, ferner müssen in der Einladung Grund, Zweck und Dringlichkeit der Sitzung enthalten sein 2).

5. Der in der Regel zur Einberufung zuständige Vorsitzer kann die technische Durchführung der Einberufung einem anderen übertragen. Das widerspricht nicht dem Prinzip des § 95 VI AktG, wonach AR-Mitglieder ihre Obliegenheiten nicht durch andere ausüben lassen können; denn wenn der Vorsitzer nur die technische Ausführung seiner Entschliessung überträgt, ändert sich nichts daran, dass die Sitzung vom Vorsitzer bestimmt wurde, der auch die Gegenstände der Tagesordnung festzusetzen hat 3). Dem Vorstand, der i.d. Regel mit der Ausführung der Entschliessung des Vorsitzers betraut wird, darf keinerlei Entscheidungsspielraum verbleiben, wie in einer Entscheidung des KG 4) ausgeführt wird.
In einer Sitzung, deren Einladung von einem Unbefugten ausging, kann kein gültiger Beschluss gefasst werden 5), es sei denn, alle Mitglieder nähmen an der Sitzung teil, und keines von ihnen widerspräche dem Verfahrensverstoss 6). Die Einladung würde auch dann von einem Unbefugten ausgehen, wenn der Vorsitzer dem

---

1) Baumbach-Hueck § 94 2 A
2) Baumbach-Hueck § 94, 3; Schmidt in GrosskommAktG § 94, 10; Staub, § 244 a, 3, 4
3) vgl. DNotZ 40, 319
4) KG in DNotZ 40, 319
5) Meilicke, S. 81
6) Näheres u. E II

Vorstand die sachliche Entschliessung überliesse, indem beispielsweise der Vorstand mit der Festlegung der Tagesordnung beauftragt würde 1).

6. Form und Inhalt der Einladung

Die Einladung zu einer AR-Sitzung kann in jeder beliebigen Form, also auch mündlich oder telefonisch erfolgen 2). Regelmässig enthalten die Gesellschaftssatzungen eine Bestimmung, in der die Form der Einladung 3) festgelegt ist. Missachtung der vorgeschriebenen Form der Berufung führt grundsätzlich zur Nichtigkeit eines AR-Beschlusses, da er das Interesse des einzelnen Mitgliedes, dem eine Teilnahme an der Sitzung und an der Abstimmung möglich sein muss 4), verletzt. Wird jedoch die Ladung jedes einzelnen Mitgliedes auf einem satzungswidrigen Wege erreicht, so sind dennoch Fälle denkbar, in denen der AR in der Lage ist, einen wirksamen Beschluss zu fassen 5) 6).

7. Die Einberufung der AR-Mitglieder muss in einer den Umständen angemessenen Frist vor der Sitzung erfolgen 7). Die Grenze wird da zu ziehen sein, wo die dem AR-Mitglied zur Vorbereitung auf die Sitzung zur Verfügung stehende Zeit so kurz bemessen ist, dass mit einer ausreichenden Vorbereitung nicht gerechnet werden kann. Was den Umständen nach angemessen ist, kann nur im Einzelfall bestimmt werden. Die Prüfung des Jahresabschlusses (§ 96 I AktG) wird eine ungleich längere Vorbereitungszeit notwendig machen, als die Abstimmung über die Wahl eines Vorstandsmitgliedes, welche von einem Ausschuss in allen Einzelheiten vorbereitet worden ist. Wegen der Ungewissheit über die Angemessenheit der Einberufungsfrist haben viele Gesellschaften darüber eine Satzungsbestimmung erlassen. Danach ist bei einigen Gesellschaften die rechtzeitige Einberufung ein Erfordernis für die Beschlussfähigkeit des AR, indem die Einladung dem AR-Mitglied in einer bestimmten Zeit vor der Sitzung zugehen muss 8), bei anderen ist die rechtzeitige Einladung in der Form einer Sollvorschrift geregelt 9).
Wird die in der Satzung vorgeschriebene Berufungsfrist nicht eingehalten, so kommt

---

1) Meilicke, S. 81
2) Schmidt in GrosskommAktG § 92, 12
3) vgl. § 14 I S. 2 Dresdner Bank, § 5 V S. 2 BBC, § 13 II AEG: brieflich, fernmündlich, telegrafisch; § 11 I S. 1 Daimler: nur schriftlich und telegrafisch
4) vgl. RG 66, 369
5) a. A. Meilicke, S. 82, der die Auffassung vertritt, dass bei vorgesehener Einladung durch eingeschriebenen Brief ein einfacher Brief selbst dann nicht genügen könne, wenn der Brief das einzuladende Mitglied erreicht, vgl. unter E II.
6) vgl. Näheres u. E II
7) Schlegelberger-Quassowski § 92, 6; Schmidt in GrosskommAktG § 92, 12
8) so nach § 13 II AEG
9) so nach § 9 III Thyssen, § 9 IV Farben Bayer, BASF, Hoechst.

kein gültiger AR-Beschluss zustande, es sei denn, dass keines der vollzählig erschienenen Mitglieder gegen die Verletzung der Berufungsfrist Widerspruch erhebt 1).

II. DIE PFLICHT ZUR MITTEILUNG DER TAGESORDNUNG

1. Das erschienene Mitglied hat nur dann eine Möglichkeit zu fruchtbarer Mitwirkung bei der Beratung und Aussprache, wenn ihm die Tagesordnung rechtzeitig angekündigt wurde (vgl. § 32 I S. 2 BGB). Im Zusammenhang mit der Mitteilung der Tagesordnung sind in der Rechtsprechung und Lehre viele Fragen streitig. Das OLG Köln 2) hat in einer Entscheidung, bei der es um die Einladung zu einer AR-Sitzung ging, die Auffassung vertreten, dass der Zweck der Berufung darin bestünde, dem Mitglied Gelegenheit zu geben, sich in der Versammlung über die vorliegenden Angelegenheiten zu äussern und seine Stimme abzugeben. Diesem Zweck genüge auch eine Einladung ohne Angabe der Tagesordnung; dieser Entscheidung hat sich das OLG Düsseldorf mit derselben Begründung 3) angeschlossen. Dieser Ansicht kann keineswegs gefolgt werden. Aus der Tatsache, dass bei Berufung einer Hauptversammlung ausdrücklich vorgeschrieben wird, dass der Zweck der Berufung bekannt zu geben ist (§ 108, I, II, AktG), während für die Berufung des AR eine solche Bestimmung fehlt, kann nicht geschlossen werden, dass eine Mitteilungspflicht bei den Sitzungen des AR entfällt; das ergibt sich schon daraus, dass das Recht des AR im Gesetz nur sehr lückenhaft geregelt wurde.
Die Pflicht zur Mitteilung der Tagesordnung ergibt sich aus der sinngemässen Anwendung von §§ 28, 32 I S. 2 BGB, ferner, wie das KG 4) ausführt, aus der Natur der Sache; man denke nur an die Prüfung des Jahresabschlusses oder des Geschäftsberichtes. Die herrschende Ansicht hält daher die Mitteilung der Tagesordnung für ein notwendiges Erfordernis für einen wirksamen Beschluss 5).
Die unbeschränkte Mitteilungspflicht wird vom KG 6) dahin eingeschränkt, dass eine entsprechende Anwendung des § 28 I i.V.m. § 32 BGB da ihre Grenzen finde,

---

1) Meilicke, S. 82; Staudinger-Coing, § 32, 9; KG in "R" 06 1074 Nr. 2472
2) OLG Köln in LZ 1911, 232
3) OLG Düsseldorf in LZ 1913, 789; vgl. auch Teichmann-Koehler, § 92, 3, die eine Mitteilungspflicht nicht für notwendig, aber für zweckmässig halten.
4) KG in DNotZ 40, 319
5) Staub-Pinner, § 246, 14 c; Goldschmit, AG, § 246, 28; Ritter, § 92, 2; KG J 42 A 165; Schlegelberger-Quassowski, § 94, 6; v. Godin-Wilhelmi, § 94, 5; Baumbach-Hueck, § 92, 3 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 13; Meilicke, S. 82; a. A. Brodmann, § 246, 3b; OLG Köln und OLG Düsseldorf aaO; vergl. auch für die Mitteilungspflicht b. Verein: KG in JW 34, 2161; OLG Celle in OLG 3, 4430.
6) KG in DNotZ 40, 319

wo sie aufhöre, durch die Bedürfnisse des Aktienrechts erfordert zu werden. Dem ist mit Meilicke 1) entgegenzuhalten, dass die Verbindung unter den AR-Mitgliedern nicht so eng ist, wie das KG anzunehmen scheint, jedenfalls in der Regel nicht so eng wie unter den wenigen Vorstandsmitgliedern eines Vereins. Man denke nur an die grossen Aufsichtsräte der dem MitbestG unterliegenden Gesellschaften oder an die 48-köpfigen Aufsichtsräte der Grossbanken. Gerade die heutige Struktur der Aufsichtsräte erfordert eine peinlich genaue Bekanntgabe der Gegenstände der Beschlussfassung.

Es bleibt zu klären, ob in entsprechender Weise auch § 40 BGB anzuwenden ist, wonach die Mitteilungspflicht abdingbar ist. Diese Auffassung wird von Staub-Pinner 2) und Schmidt 3) vertreten. Das Interesse jedes einzelnen AR-Mitgliedes scheint mir zu dieser Meinung in Widerspruch zu stehen; denn bei der Mitteilungspflicht handelt es sich um eine Vorschrift zum Schutze jedes AR-Mitgliedes, das bei Pflichtverletzung Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft ausgesetzt ist (§§ 84 II S.1, 99 AktG). Deshalb muss, wenn keine Mitteilung der Tagesordnung erfolgt, jedes Mitglied entscheiden können, ob es dem Berufungsmangel widersprechen will oder nicht.

Bei einer Regelung der Mitteilungspflicht in der Satzung würde die Hauptversammlung eine dem Interesse und dem Schutz der AR-Mitglieder dienende Vorschrift beseitigen können; bei einer Regelung in der Geschäftsordnung könnte die Mehrheit der AR-Mitglieder die Minderheit überstimmen. Beide Verfahren widersprechen der Interessenlage beim AR.

Die angeführte Entscheidung des KG bezieht sich zwar nicht auf einen Fall, in dem die Satzung oder eine Geschäftsordnung über die Mitteilungspflicht eine Bestimmung enthalten. Es kommt in der Entscheidung aber zum Ausdruck, dass jedes einzelne Mitglied einer Verletzung widersprechen können muss.

Dem entspricht es, dass ohne Mitteilung der Tagesordnung in der Einladung ein wirksamer Beschluss zustande kommen kann, solange noch eine Tagesordnung rechtzeitig zu beschaffen ist 4).

2. Folgen der Verletzung der Mitteilungspflicht der Tagesordnung

Es bleibt zu klären, welche Folgen es hat, wenn die Tagesordnung nicht oder nicht vollständig mitgeteilt wurde. Beide Fälle müssen unterschieden werden. Denn fehlt jede Angabe über die Gegenstände der Beschlussfassung, so ist der Mangel aus der Einladung zu ersehen, und jedes Mitglied kann sich darauf einrichten. Ist die Tagesordnung nicht vollständig mitgeteilt worden, so kann dieser Mangel nicht ohne weiteres erkannt werden.

1) Meilicke, S.82
2) Staub-Pinner, § 246, 14 c
3) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 13
4) KG DR 40,456 = DNotZ 40,319; Baumbach-Hueck, § 92, 3 A

a) Völliges Fehlen der Tagesordnung
Dieser Mangel kann geheilt werden, indem eine Tagesordnung nachträglich beschafft wird 1). Trifft diese noch rechtzeitig bei allen Mitgliedern ein, so ist der Mangel geheilt. Erhalten einzelne oder alle AR-Mitglieder die Tagesordnung so spät, dass ihnen angemessene Zeit zur Vorbereitung auf die Beschlussfassung nicht mehr zur Verfügung steht, so können sie sich auf den Mangel berufen. Macht nur ein Mitglied von dieser Möglichkeit Gebrauch, so kann ein wirksamer Beschluss nicht mehr zustande kommen.
Wurde auf dem Wege des nachträglichen Beschaffens einer Tagesordnung der Mangel nicht geheilt, so hängt es von dem Verhalten der AR-Mitglieder ab, ob sie sich auf den Mangel berufen wollen. Macht nur ein Mitglied den Berufungsmangel geltend, so kann kein wirksamer Beschluss zustande kommen. Dabei ist es gleichgültig, ob ein anwesendes oder ein nichterschienenes Mitglied der Beschlussfassung widerspricht, ob vor oder nach der Beratung widersprochen wird, wenn nur der Widerspruch vor der Beschlussfassung erfolgt.

b) Fehlen einzelner Punkte der Tagesordnung:
Hier ist davon auszugehen, dass die Nichterschienenen den Mangel nicht kennen. Erscheinen alle Mitglieder, so liegt der Fall nicht anders wie beim völligen Fehlen der Tagesordnung, denn jedes Mitglied hat die Möglichkeit, sich zu entscheiden, ob es sich auf den Mangel berufen will oder nicht.
Erscheinen einzelne Mitglieder zur Sitzung nicht, so muss diesen Gelegenheit gegeben werden, den Mangel zu rügen 2). Das kann nur dadurch geschehen, dass die Nichterschienenen nachträglich mit den Gegenständen der Beschlussfassung, die nicht in der Tagesordnung mitgeteilt wurden, vertraut gemacht werden. Dann haben sie Gelegenheit, der Beschlussfassung zu widersprechen, was angemessen erscheint, da sie im Vertrauen auf die Vollständigkeit der Tagesordnung nicht erschienen sind. Das KG will in diesem Fall einen wirksamen Beschluss nur zustande kommen lassen, wenn die Nichterschienenen nachträglich zustimmen 3). Für diese Auffassung liegt m.E. kein Bedürfnis vor. Sie hat zur Folge, dass der Fehler der Einberufung Auswirkungen auf das Abstimmungsergebnis hat, denn die Nichterschienenen müssten sich geschlossen den gefassten Beschlüssen anschliessen, soweit sie nicht bekannt gemachte Gegenstände betreffen. Es geht hierbei aber in Wirklichkeit nur darum, den Mangel der vollständigen Mitteilungspflicht zu heilen. Dieses Erfordernis wird in vollem Umfang dadurch erreicht, dass die Nichterschienenen durch nachträgliche Mitteilung der fehlenden Tagesordnungsgegen-

---

1) KG aaO
2) vgl. KG DNotZ 40, 319, 320, wo ausgeführt wird, dass bei völligem Fehlen der Tagesordnung die Mitglieder sich stillschweigend mit dem Mangel abfinden können.
3) Ebenso Baumbach-Hueck, § 92, 3 B: ohne Beitritt des nicht ordnungsgemäss Geladenen ist der Beschluss nichtig.

stände die Gelegenheit erhalten, der Beschlussfassung zu widersprechen. Der Unterschied des Ergebnisses besteht darin, dass nach der Auffassung des KG jedes nicht erschienene Mitglied etwas tun muss, nämlich zustimmen, um dem Beschluss zur Wirksamkeit zu verhelfen. Nach meiner Auffassung ist ein positives Tun des Mitgliedes erforderlich, wenn es der Beschlussfassung widersprechen will. Ein stillschweigendes Einverständnis des nicht erschienenen Mitgliedes mit den nicht bekanntgegebenen Tagesordnungsgegenständen halte ich folglich für zulässig.
Bei Verstoss gegen die Mitteilungspflicht ist jeder denkbare Fall mit Hilfe des Grundsatzes zu beurteilen, dass sich jedes einzelne Mitglied auf den Verstoss berufen können muss. Dieser Grundsatz kommt in der zitierten Entscheidung des KG zum Ausdruck. Es ist deshalb unzulässig, dass im Wege der Abstimmung darüber entschieden wird, ob ein Beschluss trotz des Mangels wirksam sein soll, es sei denn, dass alle Mitglieder bei der Sitzung zugegen sind und sich einstimmig für eine Beschlussfassung trotz Mangels aussprechen.

Meilicke 1) ist der Auffassung, dass jeder Verstoss gegen die Mitteilungspflicht ausnahmslos zur Nichtigkeit etwa gefasster Beschlüsse führt. Zugunsten dieser strengen Ansicht ist zu sagen, dass gerade mit Hilfe der Unterlassung der Mitteilung das Ergebnis eines Beschlusses in bestimmtem Sinne beeinflusst werden kann. Diesem Umstand genügt man aber, wenn man den Betroffenen die Entscheidung überlässt, ob sie sich auf den Fehler berufen wollen oder nicht. Die Meinung von Meilicke macht jede Beratung und Beschlussfassung über einen Gegenstand unmöglich, der in der Tagesordnung nicht mitgeteilt wurde. Unter Berücksichtigung der nur selten stattfindenden AR-Sitzungen ist das ein grosser Nachteil.

3. Bestimmte Beratungsgegenstände können im voraus für bestimmte AR-Sitzungen festgelegt werden. Davon wird in der Praxis häufig Gebrauch gemacht. Viele Satzungen bestimmen, dass alljährlich im Anschluss an die ordentliche HV eine AR-Sitzung stattfindet, in der der AR für die Dauer seiner Amtszeit den Vorsitzer und den oder die Stellvertreter wählt 2). Für diesen Tagesordnungsgegenstand ist die Einladung zur AR-Sitzung ordnungsgemäss erfolgt. Allerdings darf in einer solchen Sitzung über keinen anderen Gegenstand beschlossen werden, falls er nicht in einer besonderes Tagesordnung ordnungsgemäss mitgeteilt worden ist 3), es sei denn, die oben 4) dargelegten Erfordernisse seien erfüllt.

III. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE MITGLIEDSCHAFT

Einzuladen sind alle Mitglieder, die zur Zeit der geplanten Sitzung Mitglieder des AR sind.

---

1) Meilicke, S. 83
2) vgl. § 10, Deutsche Bank, § 22 I Ford, § 12, Rheinsthal, § 10 I Buderus.
3) Meilicke, S. 83
4) vgl. unter D II 2

1. Die Anstellung

Der AR wird gebildet, indem die Mitglieder von den zuständigen Organen gewählt werden und die Wahl annehmen. Erst mit der Annahme der Wahl tritt das AR-Mitglied in Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft 1), da die Wahl ein einseitiger Akt ohne Verpflichtung zu ihrer Annahme ist.

Die Annahme der Wahl kann stillschweigend erfolgen, etwa indem das gewählte Mitglied seine Tätigkeit aufnimmt 2), regelmässig wird sie während der Hauptversammlung ausgesprochen werden oder bei den Arbeitnehmervertretern im Anschluss an die Wahl gegenüber dem Wahlorgan.

Wird gegen die unabdingbare Beteiligung von Arbeitnehmervertretern verstossen, indem die Hauptversammlung alle nach § 86 AktG erforderlichen Mitglieder wählt, so ist die Wahl der zuviel Gewählten nach § 138 BGB nichtig, falls eine Feststellung der Reihenfolge der Wahl und damit der zuviel Gewählten möglich ist. Anderenfalls ist die Wahl im ganzen nichtig, weil der Hauptversammlungsbeschluss Vorschriften verletzt, die im öffentlichen Interesse erlassen wurden (195 Ziff. 3 AktG) 3). Weigert sich die Arbeitnehmerseite, eine Wahl für die ihr zustehenden Sitze durchzuführen, so kann die Hauptversammlung einen nach § 86 AktG vollständigen AR nicht wählen, sondern es bleibt nur die Möglichkeit, den AR nach § 89 II AktG gerichtlich ergänzen zu lassen 4).

2. Die Erlöschensgründe:

a) Zeitablauf

Das Wahlorgan kann die Wahl für jede beliebige Zeit vornehmen. Eine Grenze besteht nur in § 87 I S. 2 AktG, wonach die längst zulässige Zeit die bis zur Beendigung derjenigen Hauptversammlung ist, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach der Wahl beschliesst. Besonderheiten gelten hinsichtlich der Amtsdauer des ersten AR 5).

b) Niederlegung

Darunter ist die Kündigung der Anstellung durch das AR-Mitglied zu verstehen. Da die Anstellung für eine bestimmte Zeit erfolgt, hat das kündigungswillige Mitglied zu beachten, dass im Falle des Vorliegens eines Auftrages zwar nach § 671 I BGB jederzeit gekündigt werden kann 6), jedoch bei Kündigung zur Unzeit

---

1) Baumbach-Hueck, § 87, 3; Schmidt in GrosskommAktG 87, 5; Schmidt, Gutachten, S. 2; Otto, S. 184.
2) RG 152, 277; Baumbach-Hueck, § 87, 3
3) Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 2
4) vgl. Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 2
5) vgl. dazu die Ausführungen bei Baumbach-Hueck, § 87, 6 A, B
6) a. A. OLG Karlsruhe in JW 26, 2106, 14: da § 671 einen einfachen Auftrag des bürgerlichen Rechts im Auge habe, an dessen Bestehen die Öffentlichkeit

eine Schadensersatzpflicht ausgelöst wird, falls ein wichtiger Grund für die Kündigung nicht vorlag (§ 671 II S.2 BGB). Das Dienstvertragsrecht sieht eine fristlose Kündigung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vor (§ 626 BGB). Besonderheiten können sich aus dem Anstellungsvertrag des AR-Mitgliedes ergeben, der durch die Bestimmungen der Satzung oder der Geschäftsordnung ergänzt wird. Ein fristloses Kündigungsrecht ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes wird in vielen Satzungen gewährt, zuweilen wird es auch von dem Eintritt eines Ersatzmannes abhängig gemacht 1).

Das unentgeltlich tätige AR-Mitglied kann nach § 671 I BGB jederzeit ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes kündigen. Das gilt nach § 627 I BGB auch dann, wenn das Entgelt in einer nicht garantierten Tantieme besteht 2), während bei Garantie eines festen Mindestbetrages eine Kündigung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig ist 3).

c) Widerruf der Bestellung:

Die HV kann jederzeit die Bestellung der von ihr gewählten AR-Mitglieder mit einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen widerrufen (§ 87 II AktG). Die Satzungen machen selten von der Möglichkeit Gebrauch, die Mehrheiten des § 87 II abzuändern, was nach S. 3 zulässig ist 4).

Der erste AR kann nach § 87 III S.2 AktG jederzeit mit einfacher Stimmenmehrheit widerrufen werden, ebenso können die nach § 88 AktG Entsandten jederzeit von den Entsendungsberechtigten abberufen werden (88 IV S.1 AktG). Liegt in der Person des Entsandten ein wichtiger Grund zur Abberufung vor, so ist nach § 88 IV S.2 AktG auch Abberufung durch das Gericht möglich, die Gründe zur Abberufung dürfen jedoch nicht in der Person des Entsendungsberechtigten begründet liegen 5), sondern in der des Entsandten. Das entsandte Mitglied kann ferner nach § 88 V AktG auch von der HV mit einfacher Mehrheit abberufen werden, wenn die in der Satzung bestimmten Voraussetzungen des Entsendungsrechts weggefallen sind.

Das Amt der Arbeitnehmer-Vertreter aus dem Betrieb erlischt, wenn deren Arbeitsverhältnis endet 6), es sei denn, dass noch zwei andere im Unternehmen beschäftigte Arbeitnehmer im AR sind. Dann nämlich kann der Ausgeschiedene im AR

Fortsetzung der Fussnote 6), Seite 18:

kein Interesse habe, vertrage sich die fristlose Kündigung nicht mit der Bedeutung eines AR-Mitgliedes.

1) vgl. § 9 IV der Klöckner-Humboldt-Deutz A.G.
2) Schmidt in GrosskommAktG, § 87, 21; Schlegelberger-Quassowski, § 87, 26
3) Schmidt in Grosskomm aaO; von Godin-Wilhelmi, § 87, 9 a; Baumbach-Hueck, § 87, 5 b
4) vgl. § 7 VI S.2 Chemie-Verwaltung, § VII, 5, S.2 BASF: einfache Mehrheit.
5) Baumbach-Hueck, § 88, 5 B; Teichmann-Koehler, § 88, 4 a
6) Dietz, § 76 BetrVG, 46; Galperin-Siebert § 76, 58; 62; Vallenthin, RdA 56, 144.

bleiben, falls er nicht leitender Angestellter im Sinne von § 90 I AktG ist 1). Die Bestellung der nach § 76 BetrVG gewählten Arbeitnehmer-Vertreter kann widerrufen werden, wenn sich die Betriebsräte oder mindestens ein Fünftel der wahlberechtigten Arbeitnehmer der Betriebe des Unternehmens für den Widerruf ausgesprochen haben 2) 3).

d) Beendigung des Amtes eines gerichtlich Bestellten:
Das Amt eines gerichtlich bestellten Mitgliedes erlischt nach § 89, VI, AktG, sobald das fehlende AR-Mitglied von der Hauptversammlung gewählt oder von der Arbeitnehmerseite oder einem nach § 88 Berechtigten entsandt worden ist 4), sobald also die Lücke im AR durch Wahl oder Entsendung ausgefüllt ist 5). Mit der Neufassung des § 89 AktG durch das Gesetz vom 15.7.1957 sind Zweifelsfragen hinsichtlich der Amtsbeendigung beseitigt worden, die sich im Zusammenhang mit der nach § 89 II a.F. AktG notwendigen Abberufung durch das Gericht ergaben. Eine Abberufung durch das Gericht ist nur noch dann erforderlich, wenn das Gericht mehr Mitglieder bestellt hat als anstelle der gerichtlich Bestellten neu gewählt oder entsandt worden sind. Dann können nur soviele Ämter erlöschen als neue Mitglieder von den Wahlorganen bestimmt wurden. In diesen Fällen wird es fraglich, an wessen Stelle die neu gewählten Mitglieder treten, falls das nicht auf Grund ihrer Zugehörigkeit zur Anteilseigner- oder Arbeitnehmerseite zu bestimmen ist. Hier bleibt nur die Möglichkeit, dass das Gericht durch Abberufung denjenigen bestimmt, dessen Amt erlöschen soll 6).
Das Amt des gerichtlich Bestellten erlischt erst dann, wenn eine rechtsgültige Wahl oder Entsendung stattgefunden hat 7). Ungültige Wahl oder Anfechtung derselben lassen das Amt nicht erlöschen 8). Sobald die Wahlorgane von dem ihnen zustehenden Recht der Ergänzung Gebrauch gemacht haben (§ 89 VI) und die Gewählten oder Entsandten ihr Amt angenommen haben, entfällt die Stimmberechtigung der gerichtlich Bestellten.

---

1) Galperin-Siebert, § 76, 62
2) zu Einzelheiten vgl. die Kommentare zum BetrVG, ferner bezügl. des Widerrufs der nach dem MitbestG und nach dem MitbestErgG bestellten AR-Mitglieder die einschlägigen Kommentare sowie die Dissertation von Otto, S.205 ff.
3) zu der Frage, ob es ausserhalb der gesetzlichen Regelung eine Möglichkeit gibt, für die Gesellschaft untragbar gewordene Arbeitnehmer-Vertreter bei Untätigkeit oder gegen den Willen der Arbeitnehmerseite abzuberufen, vgl. Hueck in Hueck-Leibholz, S.19.
4) Schmidt in GrosskommAktG § 89, 20
5) Baumbach-Hueck, § 89, 7 A
6) Baumbach-Hueck, § 87, 7 A
7) Schmidt in GrosskommAktG § 89, 20
8) Auffahrt NJW 57, 1704; Unglaube AG 57, 169, 172; Natzel DB 57, 749; Schmidt in Grosskommentar 89, 20

IV. VORAUSSETZUNGEN ORDNUNGSGEMÄSSER ABSTIMMUNG

1. Die Beschlussfähigkeit:

Die Frage der Beschlussfähigkeit des AR war nach dem Inkrafttreten des BetrVG ausserordentlich streitig geworden, insbesondere im Hinblick darauf, ob zur Beschlussfähigkeit das zahlenmässige Verhältnis von Aktionären und Arbeitnehmer-Vertretern gewahrt sein muss 1), da eine Regelung der Beschlussfähigkeit bisher im Gesetz nicht erfolgt war. Durch das Gesetz vom 15.7.1957 (BGBl. I, S.714) wurde die Beschlussfähigkeit durch Neufassung des § 89 AktG ausdrücklich geregelt. Bis zum Inkrafttreten der Neufassung bestand infolge sich widersprechender Gerichtsurteile und verschiedener Auffassungen in der Literatur eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Art.5 des Gesetzes vom 15.7.1957 bestimmt daher, dass vor dem Inkrafttreten des Gesetzes (19.7.1957) gefasste AR-Beschlüsse wirksam sind, wenn sie nach dem neuen Recht wirksam wären.

Die Beschlussfähigkeit des AR ist die zwingend notwendige Voraussetzung zu jeder wirksamen Entscheidung des Kollegiums 2). Das Gesetz stellt in § 89, I S.1 AktG den Grundsatz des Vorranges der Satzung heraus 3), welche sich allerdings im Rahmen der zwingenden gesetzlichen Regelung zu halten hat.

Gesetzes- und Satzungsbestimmungen hinsichtlich der Beschlussfähigkeit des AR sind daher in folgender Reihenfolge massgebend:

1) gelten die zwingenden Vorschriften des Aktiengesetzes,
2) die Satzungsvorschriften, soweit sie den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen nicht widersprechen,
3) die nachgiebigen gesetzlichen Vorschriften, soweit sie nicht den Satzungsvorschriften widersprechen.

Für solche Aktiengesellschaften, die dem MitbestG oder dem MitbestErgG unterliegen, ist kein Raum für eine die Beschlussfähigkeit regelnde Satzungsbestimmung, denn für diese Gesellschaften gelten die §§ 10 MitbestG, 11 MitbestErgG zwingend. Diese Vorschriften setzen für das Vorhandensein der Beschlussfähigkeit die Teilnahme von mindestens der Hälfte der nach Gesetz oder Satzung festgelegten Zahl von AR-Mitgliedern voraus (§ 89 I, S.2 AktG) 4).

2. Die Unterscheidung der Beschlussfähigkeit von ähnlichen Begriffen

a) Die Beschlussfähigkeit ist zu unterscheiden von der Vollständigkeit des AR. Diese ergibt sich aus der Gesamtzahl der Mitglieder, aus denen der AR zu beste-

---

1) vgl. Nipperdey in Hueck-Nipperdey, Bd.II, S.902, Anm.66, 67.
2) Meilicke, S.84
3) BGH 4, 224.
4) Schmidt in GrosskommAktG § 89, 5; Auffarth NJW 57, 1702, 1703; Kunze-Spieker, BB 58, 378, 379.

hen hat. Die Beschlussfähigkeit ist grundsätzlich ohne das Vorliegen der Vollständigkeit gegeben, falls es sich nicht um einen aus drei Mitgliedern bestehenden AR handelt (§ 89 I, S.3, 4 AktG).

b) Im Zusammenhang mit der Beteiligung von Arbeitnehmervertretern am AR war fraglich geworden, ob neben der Beschlussfähigkeit auch noch eine besondere Handlungsfähigkeit gegeben sein müsse, die an die vollständige Besetzung des AR oder an das richtige Verhältnis zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern gebunden sei.
§ 89 I, S.4 stellt nun klar, dass die Beschlussfähigkeit nicht beeinträchtigt wird, wenn das vorgeschriebene zahlenmässige Verhältnis zwischen Aktionärs- und Arbeitnehmervertretern nicht gewahrt ist. Das gilt auch dann, wenn alle Vertreter einer bestimmten Gruppe in einer AR-Sitzung fehlen, etwa die Arbeitnehmervertreter, weil sie noch nicht gewählt wurden oder zur Sitzung nicht erschienen sind oder fortgefallen sind 1). Auch ohne Teilnahme der Arbeitnehmer- oder Anteilseignervertreter eines paritätisch besetzten AR bleibt dieser beschlussfähig, da § 89 I, S.4 AktG nach § 10 MitbestG anzuwenden ist. Nur das absichtliche Ausnutzen des Nichtvertretenseins einer Gruppe kann den AR-Beschluss wegen Sittenwidrigkeit nichtig machen, wenn ein gegen die Interessen der fehlenden Gruppe gerichteter Beschluss gefasst wird 2).

3. Die Beseitigung der Unvollständigkeit und der fehlenden Beschlussfähigkeit

Fehlt die zur Beschlussfähigkeit notwendige Zahl von AR-Mitgliedern, so hat das Gericht auf Antrag nach § 89 II, S.1 AktG den AR auf die zur Beschlussfähigkeit notwendige Zahl nach Massgabe des § 89 II AktG zu ergänzen. Bei fehlender Vollständigkeit während einer Zeit von mehr als drei Monaten oder in dringenden Fällen auch schon nach kürzerer Zeit richtet sich die Neubestellung durch das Gericht nach § 89 III AktG.

4. Die zulässigen Satzungsbestimmungen hinsichtlich der Mitgliederzahlen

Die Beschlussfähigkeit des AR ist abhängig von der Mitgliederzahl, aus der der AR nach Gesetz oder Satzung insgesamt zu bestehen hat. Für die Feststellung der Beschlussfähigkeit ist es deshalb bedeutsam, welche Möglichkeiten die Satzung zur Festlegung der Mitgliederzahlen hat.

a) Variable Anzahl von AR-Mitgliedern:
Die Frage, ob es zulässig ist, eine bewegliche Mitgliederzahl in der Satzung vorzusehen, ist sehr umstritten. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb eine solche Bestimmung unzulässig sein soll, da in § 86 I AktG der Satzung ein weiter Spiel-

---

1) Baumbach-Hueck, § 89, 2 E
2) Baumbach-Hueck, aaO

raum für die Bestimmung der Mitgliederzahl überlassen ist.
Zu dieser Frage hat sich in der Literatur keine herrschende Ansicht gebildet 1). Sieht die Satzung eine variable Mitgliederzahl vor 2), so ist für die Berechnung der Beschlussfähigkeit von der tatsächlich gewählten Zahl auszugehen 3), da sich die Anzahl der AR-Mitglieder aus der Satzungsbestimmung in Verbindung mit den entsprechenden Handlungen der Wahlorgane ergibt. Obwohl die Anteilseigner- als auch die Arbeitnehmervertreter den AR bilden und bei der Feststellung des vollständigen AR zusammenzuzählen sind, errechnet sich die für die Beschlussfähigkeit erforderliche Zahl danach, wieviele Mitglieder die Hauptversammlung aufgrund der Rahmenbestimmung der Satzung festgesetzt hat 4), denn die Festlegung der Gesamtzahl bleibt allein der Hauptversammlung vorbehalten 5).

b) Mindestzahlen

Häufig sind Satzungsbestimmungen anzutreffen, die lediglich eine Mindestzahl von AR-Mitgliedern vorsehen, die endgültige Festlegung wird den Hauptversammlungsbeschlüssen unter Berücksichtigung der Arbeitnehmerbeteiligung überlassen 6). Es empfiehlt sich nicht, den AR in der Mindestzahl von 3 Mitgliedern zu besetzen, da dann Vollständigkeit und Beschlussfähigkeit zusammenfallen, d.h. bei Verhinderung nur eines Mitgliedes ist der AR beschlussunfähig 7). In der Literatur ist die Zulässigkeit von Mindestzahlen für die AR-Mitglieder ebenso umstritten, wie die von variablen Mitgliederzahlen, da im Ergebnis auch hier die Hauptversammlung ein Wahlrecht bei der Festlegung der Mitgliederzahl von Fall zu Fall hat. Es kann daher bezüglich der vertretenen Meinungen auf die Schrifttumsangaben unter 4 a) verwiesen werden. Auch hier ist für die Feststellung der Beschlussfähigkeit von der Zahl der Mitglieder auszugehen, die auf Grund der Satzungsbestimmung durch Hauptversammlungsbeschluss festgesetzt worden ist 8).

---

1) Für die Zulässigkeit einer beweglichen Mitgliederzahl:
Baumbach-Hueck, § 86, 2 A; Dietz, BetrVG, § 76, A 3 b; Froehlich-Franke-Wagner, S.24; Galperin-Siebert, BetrVG, § 76, 74; Bärmann, BB 53, 534.
Die Zulässigkeit wird verneint von:
Schmidt in GrosskommAktG, § 89,4; ders. in NJW 52, 1353; Bergmann, NJW 53, 81, 83; Gessler, DB, 53, 440; Bayer, JZ 53, 261; RefE, § 90.
2) so z.B. 12 I Degussa, § 7 I Bayer, Hoechst, BASF
3) Baumbach-Hueck, § 89, 2 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 89, 4; Wagner, BB 57, 714 Sp.1
4) Baumbach-Hueck, § 89, 2 A; Schmidt in GrosskommAktG, 89,4
5) Bärmann, BB 53, 535, Sp.1
6) vgl. § 9 I Commerzbk, § 8 I Daimler, Feldmühle, Allianz-L.
7) Baumbach-Hueck, § 86, 2 A
8) Baumbach-Hueck, § 89, 2 A

c) Höchstzahlen

In § 86 I S. 2, 3 AktG sind die gesetzlichen Höchstzahlen der Mitglieder eines AR festgelegt. Diese dürfen nur unter-, nicht aber überschritten werden, es sei denn, die zuständigen Länderminister erteilten eine Genehmigung nach § 86 I S. 4, was zulässig ist, wenn das Wohl der AG oder gesamtwirtschaftliche Belange es erfordern.

In die Höchstzahlen sind stellvertretende AR-Mitglieder einzurechnen, da sie die volle Rechtsstellung eines AR-Mitgliedes haben 1), und anderenfalls die gesetzlichen Höchstzahlen umgangen werden könnten 2).

Werden die gesetzlichen oder satzungsmässigen Höchstzahlen überschritten, so muss man hinsichtlich der Rechtsfolgen beide Fälle unterscheiden. Werden mehr AR-Mitglieder gewählt als gesetzlich zulässig ist, so ist die Wahl derjenigen Mitglieder, die nach Erreichen der gesetzlichen Höchstzahl gewählt worden sind, nach § 195 Ziff. 3 AktG nichtig 3), es sei denn, die Wahl über die Höchstzahl hinaus führt ausnahmsweise nicht zu einer stärkeren Besetzung des AR, weil die neu bestellten Mitglieder an die Stelle gleichzeitig Ausscheidender treten 4). Wird gleichzeitig eine grössere Zahl von AR-Mitgliedern gewählt, als nach dem Gesetz zulässig ist, so ist die ganze Wahl nichtig 5), sofern nicht ersichtlich ist, welche Mitglieder als zuerst gewählt gelten sollen 6). Streitig ist, welche Auswirkung die Überschreitung der satzungsmässigen Höchstzahlen hat. Nach der Auffassung von Schlegelberger-Quassowski 7) verstossen derartige Wahlbeschlüsse gegen eine Vorschrift, die im öffentlichen Interesse gegeben ist, und sind deshalb nichtig nach § 195, Ziff. 3 AktG, es sei denn, es liesse sich feststellen, welche Mitglieder vor dem Eintritt der Höchstzahl gewählt worden sind. Die Nichtigkeit der Wahlbeschlüsse wegen Satzungsverletzung wird allgemein abgelehnt, da der Verstoss nicht derart schwerwiegend ist, dass er Nichtigkeit nach sich ziehen müsste. Mit der Auffassung von Schmidt 8) ist eine Wahl über die satzungsmässige Höchstzahl hinaus für anfechtbar nach § 197 AktG zu halten, falls die Erhöhung nicht für eine

---

1) vgl. unter 5 c), unten

2) Baumbach-Hueck, § 86, 2 C; Schmidt in GrosskommAktG § 86, 2; Schlegelberger-Quassowski, § 86, 3; 20; von Godin-Wilhelmi, § 86, 4; Dietz, BetrVG, § 76, 47 a; Kunze-Spieker, BB 58, 380; A. A. Kohler NJW 55, 205; LG Stuttgart BB 56, 369: danach hängt die Stellung Stellvertretender vom Eintritt der Bedingung ab, welche die Tätigkeitsbefugnis auslöst.

3) Baumbach-Hueck, § 86, 2 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 2

4) Baumbach-Hueck, § 86, 2 A

5) Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 2; Baumbach-Hueck, § 86, 2 A; Schlegelberger-Quassowski 86, 3

6) Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 2

7) Schlegelberger-Quassowski, § 86, 6

8) Schmidt in GrosskommAktG § 86, 2

gewollte Satzungsänderung zu halten ist, deren Voraussetzungen dann vorliegen müssen 1).

Eine Wahl über die satzungsmässig festgesetzte Zahl hinaus ist daher nach § 197 AktG für anfechtbar zu halten 2).

Bei der Berechnung der Höchstzahlen können sich Schwierigkeiten ergeben: Wie ausgeführt, kann das Gericht nach § 89 II, III AktG den AR durch sog. Notbestellung ergänzen. Wenn dadurch die Gesamtzahl der AR-Mitglieder die gesetzliche oder satzungsgemässe Höchstzahl übersteigt, so sind durch das Vorhandensein der gerichtlich Bestellten die Hauptversammlung oder Entsendungsberechtigte an einer Wahl nicht gehindert 3); denn die gerichtlich Bestellten, deren Auftrag nach § 89 IV AktG erlischt, sobald die fehlenden AR-Mitglieder gewählt oder entsandt sind, sind in die Gesamtzahl nicht einzurechnen 4) und beeinflussen damit die Höchstzahlen nicht.

Ferner können sich Schwierigkeiten ergeben, wenn die Gesellschaft das Kapital herabsetzt, da die Zahl der AR-Mitglieder von der Höhe des Kapitals abhängig ist. Die Abberufung der Aktionärsvertreter vollzieht sich nach § 87 II AktG, wenn die erforderliche Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen zustande kommt. Für die Frage einer Verringerung der Arbeitnehmervertreter werden, falls Einzelne nicht freiwillig zurücktreten, und falls sich kein Widerrufsverfahren nach § 76 V BetrVG mangels der dort genannten Voraussetzungen durchführen lässt, sehr verschiedene Ansichten vertreten, auf die im Rahmen der Arbeit nicht einzugehen war 5).

5. Fälle fehlender Stimmberechtigung

Voraussetzung für eine wirksame Stimmabgabe ist, dass das abstimmende AR-Mitglied zur Stimmabgabe berechtigt ist. Die Berechtigung zur Stimmabgabe ist von der Berechtigung zur Teilnahme an der Sitzung zu unterscheiden, die in § 93 AktG geregelt ist. Nehmen Unbefugte an der Sitzung teil, so ist die blosse Teilnahme auf die Gültigkeit der Beschlussfassung ohne Einfluss 6). Im folgenden soll deshalb nur behandelt werden, unter welchen Voraussetzungen ein AR-Mitglied zur Stimmabgabe nicht berechtigt ist.

a) Ruhen des Mandats

Ein AR-Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn sein Mandat ruht. Der Unter-

---

1) Baumbach-Hueck, § 86, 2 A
2) vgl. unten "Nichtordnungsgemässe Wahl und ihre Rechtsfolgen", D IV 5 b
3) Schmidt in GrosskommAktG, § 89, 23
4) Schmidt aaO, Schlegelberger-Quassowski, § 89, 5
5) vgl. die Angaben bei Baumbach-Hueck, § 86, 2 A a.E.
6) BGH 12, 327, 330; Baumbach-Hueck, § 93, 1; Schmidt in GrosskommAktG § 93, 2; von Godin-Wilhelmi, § 93, 4; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 26; § 93, 3.

schied zum erloschenen Mandat besteht darin, dass das ruhende in dem Zeitpunkt wiederauflebt, in dem der Grund für das Ruhen des Mandats fortfällt. Ist das Mandat eines AR-Mitgliedes erloschen, so kann der Betreffende nur nach erneuter Wahl nochmals zum AR-Mitglied bestellt werden. Das OLG München 1) hat entschieden, dass das Mandat eines Arbeitnehmervertreters aus dem Betrieb während eines legitimen gewerkschaftlichen Streiks ruht 2). Mit der Frage nach der Auswirkung eines Streiks auf die Stimmberechtigung der Arbeitnehmervertreter und damit auf die Beschlussfähigkeit des AR hat die sehr umstrittene Frage nach der Zulässigkeit einer Beteiligung der Arbeitnehmervertreter am Streik nichts zu tun. Um dem bei einem Streik unvermeidlichen Interessenkonflikt zu entgehen, können die Arbeitnehmervertreter im AR ihr Amt niederlegen, falls die Voraussetzungen für eine wirksame Niederlegung gegeben sind 3). Der Ausbruch eines Streiks dürfte keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen (§ 626 BGB), da bei der Prüfung dieser Frage die Interessen beider Parteien zu berücksichrigen sind, und gerade während eines Streiks die Gesellschaft ein Interesse daran haben dürfte, dass auch die aus dem Betrieb stammenden Arbeitnehmervertreter stimmberechtigt im AR vertreten sind. Fehlt es an einer zulässigen Niederlegung des Mandats, so ruht das Mandat der aus dem Betrieb stammenden Arbeitnehmervertreter wegen des Ausbruches eines legitimen gewerkschaftlichen Streiks nicht. Das OLG München begründet seine Entscheidung mit einem Beschluss des Grossen Senats des BAG 4), wonach der legitime Streik das Arbeitsverhältnis nicht auflöse, sondern nur suspendiere. Das OLG München folgert daraus ohne nähere Begründung, dass die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses auch das Ruhen des AR-Amtes bewirke. Diese Meinungen musste auf allgemeine Ablehnung stossen, da es sich bei der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses und bei der Annahme der Wahl zum AR-Mitglied um zwei völlig verschiedene Rechtsverhältnisse handelt, deren rechtliches Schicksal sich nach verschiedenen Bestimmungen regelt. Der Ausbruch eines Streiks berührt daher das Bestehen des AR-Mandats der Arbeitnehmervertreter aus dem Betrieb nicht 5).

Nach § 90 II S. 2 AktG ruht das Mandat eines AR-Mitgliedes, wenn es nach § 90 II S. 1 zum Vertreter eines behinderten Vorstandsmitgliedes bestellt wurde 6).

---

1) OLG München in BB 56, 995 = JZ 57, 34 = AG 57, 15

2) so auch Meilicke, S. 85

3) vgl. unter D III 2 b)

4) Beschl. v. 28.1.1955 in NJW 55, 882 = JZ 55, 386 = BB 55, 412

5) Nipperdey in Hueck-Nipperdey II, S. 898, Anm. 56 b; Dietz, BetrVG, § 76, 15 a; Galperin-Siebert, § 76, 54 b; Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 4 d c); Meissinger DB 57, 260; a. A. OLG München aaO.

6) Baumbach-Hueck, § 90 3 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 90 14

b) Nicht ordnungsgemässe Wahl und ihre Rechtsfolgen:

Ist die Wahl eines AR-Mitgliedes nach § 197 I AktG anfechtbar, so hat die blosse Anfechtbarkeit keinen Einfluss auf die Stimmberechtigung. Bei nichtiger Wahl oder bei nach erfolgter Anfechtung für nichtig erklärter Wahl ist das betreffende Mitglied zur Stimmabgabe nicht berechtigt, die Stimme wird behandelt wie die eines Mitgliedes ohne Stimmberechtigung.

Streitig ist, welche Auswirkungen es hat, wenn der Betreffende vor der Nichtigerklärung der Wahl im Rahmen eines Beschlusses abgestimmt hat. Es geht dabei im Grunde um die Frage, ob die ex tunc-Wirkung einer Anfechtung nach § 142 BGB auch im Rahmen der AR-Beschlüsse Geltung hat.

Die Gegner dieser aus rechtssystematischen Gründen allein richtigen Ansicht führen Bedürfnisse des Verkehrsschutzes und die stattgefundene tatsächliche Gestaltung und Invollzugsetzung im gesellschaftsrechtlichen Bereich dafür an, dass ungültig gewählte AR-Mitglieder bis zur Nichtigerklärung wie gültig Gewählte zu behandeln sind 1).

Zunächst ist es mit Hilfe der vom BGH 2) vertretenen Erweiterung der Kausalität möglich, einen AR-Beschluss trotz Teilnahme ungültig Gewählter als wirksam zu behandeln, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Unbefugte weder das Abstimmungsergebnis unmittelbar durch seine Stimme noch mittelbar durch Einflussnahme auf die anderen AR-Mitglieder bei deren Abstimmung beeinflusst hat 3). Danach muss die Möglichkeit ausgeräumt werden, dass der Beschluss irgendwie durch den ungültig Gewählten beeinflusst worden ist 4). Da diese Auffassung des BGH in der Lehre allgemein anerkannt wird 5), beschränkt sich der Streit um die Auswirkungen des Mitstimmens eines ungültig Gewählten auf die Fälle, bei denen die Möglichkeit einer Beeinflussung nicht ausgeräumt werden kann. Bei allen AR-Beschlüssen, die zu einer Eintragung im Handelsregister führen (§§ 73; 145 I S.2 i.V.m. 148; 206 II S.1 i.V.m. 207), wird den Interessen des Verkehrsschutzes mit Hilfe des Prinzips der negativen Publizität (§ 15 HGE) genügt. Für die übrigen Fälle ist an der rückwirkend eintretenden Nichtigkeit der AR-Beschlüsse bei Teilnahme eines Unbefugten, dessen Wahl für nichtig erklärt wurde, festzuhalten 6).

---

1) Schmidt in GrosskommAktG, § 87,27; Schilling in GrosskommAktG, § 200,6; von Godin-Wilhelmi, § 87,2; § 200,2 b; wohl auch Schlegelberger-Quassowski, § 87,38; § 200,3.

2) BGH 12,327 ff.

3) Schmidt lässt die BGH-Entscheidung offensichtlich nicht für den Fall ungültiger Wahl gelten, vgl. aaO, § 87,27.

4) BGH, aaO, S.332

5) Baumbach-Hueck, § 93, 2 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 93,2; § 92, 20 a; Meilicke, S.90.

6) Baumbach-Hueck, § 87,2; Hueck, Anfechtbarkeit, S.226; Meilicke, S.85; Teichmann-Koehler, § 87, 1 c; Kauffmann, DB, 55, 1165.

c) Stellung der stellvertretenden Mitglieder und der Ersatzmitglieder

Das Aktiengesetz sieht eine Wahl von stellvertretenden 1) oder Ersatzmitgliedern nicht vor. Dass beide Gruppen in der Satzung vorgesehen werden können, ist allgemein anerkannt 2). Es wurden nur Satzungsbestimmungen festgestellt, die eine Wahl von Ersatzmitgliedern vorsehen 3). Ersatzmitglieder treten an die Stelle endgültig ausgeschiedener Mitglieder. Die Wahl erfolgt deshalb unter der aufschiebenden Bedingung des Fortfalles ordentlicher Mitglieder 4). Solange die Bedingung nicht eingetreten ist, werden Ersatzmitglieder wie Nichtmitglieder des AR behandelt; sie haben also weder die Rechte noch die Pflichten eines AR-Mitgliedes. Sie dienen allein dem Zweck zu verhindern, dass der AR infolge Fortfalles ordentlicher Mitglieder beschlussunfähig wird und in einem lange dauernden und mitunter teuren Verfahren durch die Wahlorgane oder durch das Gericht nach § 89 II AktG ergänzt werden muss. Möglich ist es auch, ein Ersatzmitglied für ein bestimmtes AR-Mitglied zu wählen 5).

Bestritten ist, ob auch die Arbeitnehmerseite Ersatzmitglieder wählen kann. Aus praktischen Gründen ist die Zulässigkeit wünschenswert, denn eine Neuwahl ist umständlich, zeitraubend und kostspielig. Das gesetzliche Wahlverfahren der Arbeitnehmervertreter sieht ein der Ersatzwahl ähnliches Verfahren vor, denn nach § 35 III der Wahlordnung zum BetrVG rückt der Bewerber mit der nächsthöheren Stimmenzahl vor, wenn der aufgrund der höheren Stimmenzahl Gewählte die Wahl nicht annimmt.

Ferner ergibt sich die Zulässigkeit einer Ersatzwahl aus § 76 III S. 2 BetrVG, wonach jeder Wahlvorschlag die doppelte Anzahl der zu wählenden Vertreter enthalten darf. Die herrschende Ansicht erkennt daher auch Ersatzwahlen durch die Arbeitnehmerseite an 6). Werden Ersatzmitglieder nicht gewählt, so sind als Ersatz für fortfallende ordentliche Arbeitnehmervertreter diejenigen anzusehen, die innerhalb der gleichen Gruppe die nächsthöheren Stimmenzahlen nach den Gewählten erhalten haben 7).

---

1) § 98 III Reg. Entw. verbietet die Bestellung von stellv. AR-Mitgliedern, da für ihre Wahl kein Bedürfnis vorliege.
2) Baumbach-Hueck, § 86, 2 C; Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 3 a; Schlegelberger-Quassowski, § 86, 34.
3) So § 7 III BASF, § 9 IV Allianz-Leben, § 11 IV Dresdner Bank.
4) Baumbach-Hueck, § 86, 2 C; Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 3 a.
5) Schmidt aaO; Schmitt, NJW 53, 1376
6) Baumbach-Hueck, Anh. § 86, 4 C; Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 3 a; BAG in DB 57, 723; Dietz, § 76, 47 a; a. A. Fitting-Kraegeloh, § 76, 102 a; Natzel, DB 58, 136, 164, 165; Kunze-Spieker, BB 58, 378
7) Baumbach-Hueck, Anh. § 86, 4 C; 86, 2 C; Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 3 a; Schmidt in Hachenburg, § 52, Anh. I, 22; Dietz, § 76, 47 a; Bärmann, BB 53, 535; a. A. Natzel, DB 58, 136, 164 und Fitting-Kraegeloh, § 76, 192, die in jedem Fall Nachwahl verlangen.

Stellvertretende AR-Mitglieder müssen ebenfalls in der Satzung vorgesehen werden, eine entsprechende Satzungsbestimmung liess sich allerdings nicht finden. Bei den dem MitbestG und dem MitbestErgG unterliegenden Gesellschaften kann wegen zwingender Regelung der Besetzung des AR kein stellvertretendes Mitglied gewählt werden 1), wohl aber können auch bei diesen Gesellschaften Ersatzmitglieder gewählt werden, falls die Satzung eine Bestellung vorsieht 2). Dietz 3) hält die Wahl stellvertretender Mitglieder auch bei den dem BetrVG unterliegenden Gesellschaften für unzulässig, weil ein ganz bestimmtes Verhältnis zwischen den Vertretern der Arbeitnehmer und der Anteilseigner vorliegen müsse. Dieses Verhältnis kann aber dadurch hergestellt werden, dass bei der Wahl der Stellvertreter von der Anteilseignerseite doppelt soviele Mitglieder gewählt werden wie von der Arbeitnehmerseite 4).
Im Aussenverhältnis haben die Stellvertreter dieselbe Stellung wie die ordentlichen Mitglieder. Sie müssen deshalb tätig werden, wenn alle Mitglieder nach § 28 I AktG eine Eintragung anzumelden haben 5). Dem entspricht es auch, dass stellvertretende Mitglieder dem AR angehören und in die Höchstzahlen einzurechnen sind 6). Die stellvertretenden Mitglieder sind auch bei der Feststellung des Verhältnisses zwischen den Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern mitzuzählen. Darin ist der Grund zu sehen, dass von der Möglichkeit der Bestellung von Stellvertretern praktisch kein Gebrauch gemacht wird.
Stellvertretende Mitglieder sind nur zur Teilnahme an der Beschlussfassung des AR befugt, wenn die Voraussetzung für ihr Tätigwerden, nämlich die Verhinderung ordentlicher Mitglieder, gegeben ist 7).

d) Anfechtung der Stimmabgabe
Die Stimmabgabe des einzelnen Mitgliedes unterliegt den Vorschriften über Willenserklärungen und kann, wie jede Willenserklärung, nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden 8). Nach erfolgter Anfechtung ist die Stimme als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 I BGB).

---

1) Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 3 a
2) Kohler, NJW 55, 205
3) Dietz, § 76, 47
4) vgl. Fitting-Kraegeloh, § 76, 102; Radtke, NJW 58, 973; Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 3 a
5) RG LZ 1914, 398; Baumbach-Hueck, § 28, 2; Schmidt in GrosskommAktG, § 28, 4
6) Streitig, vgl. D IV 4 c)
7) a. A. Staub-Pinner, § 243, 15, nach deren Meinung die Befugnis zur Teilnahme an der Beschlussfassung nicht von der Verhinderung eines ordentlichen Mitgliedes abhängen soll.
8) RG 112, 273, 279; RG 115, 385 (für Gesellschaftsversammlungen einer GmbH);

e) Folgen der Verletzung von Wählbarkeitsvoraussetzungen

Die Wahl in den AR ist an sogenannte Wählbarkeitsvoraussetzungen gebunden, über die sich in verschiedenen Gesetzen für die einzelnen Gruppen von AR-Mitgliedern Bestimmungen finden.

Eine Anzahl von Voraussetzungen ist in § 86 II AktG enthalten. Danach können nur natürliche Personen AR-Mitglieder werden (§ 86 II S.1). Das Gesetz besagt nur, dass juristische Personen nicht Mitglieder werden können. Da das AR-Amt aber ein höchstpersönliches Amt ist, das nur von einem Rechtsfähigen ausgeübt werden kann 1), können nichtrechtsfähige Personenzusammenschlüsse ein AR-Mandat nicht übernehmen. Nach heute h.L. hat das Mitglied voll geschäftsfähig zu sein 2). Mitglied eines AR kann nicht sein, wer bereits 10 Gesellschaften als AR angehört (§ 86 II S.2) 3), wobei ausländische Gesellschaften nicht mitzuzählen sind 4), während die Sitze in einer aufsichtsratspflichtigen GmbH berücksichtigt werden, da diese Gesellschaften nach § 3 I MitbestG, § 77 BetrVG einen AR bilden müssen, auf den die Vorschriften des Aktienrechts anzuwenden sind (§§ 77 I S.2 BetrVG, 3 II MitbestG) 5).

Eine Person kann mehr als 10 AR-Mandate übernehmen, soweit es zur ausreichenden Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes oder einer Gemeinde, eines Wirtschaftsunternehmens, das mit der Gesellschaft konzern-verbunden ist, eines Kreditinstituts, das mit der Gesellschaft in dauernder bankmässiger Geschäftsverbindung steht, nötig erscheint (§ 86 I.S.4 AktG; § 18 1.DurchfVO z. AktG). Von der Ermächtigung des § 86 I S.4 AktG hat der Reichsminister der Justiz in der ersten DfVO zum AktG vom 29.9.1937 Gebrauch gemacht. In § 18 DfVO wird die zulässige Gesamtzahl auf

---

Fortsetzung der Fussnote 8), Seite 29:

Staudinger-Coing, § 32, 22 b; Soergel-Siebert, § 32, 31; Bartholomeyzik, AcP 144, 287, Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 20 a; von Godin-Wilhelmi, § 92, 6, S.409 f.; Meilicke, S.91

1) Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 5; Baumbach-Hueck, § 86, 3 A i.V.m. § 70,2; Teichmann-Koehler, § 86,3, § 75, 1 a; Schlegelberger-Quassowski, § 86, 9,

2) Baumbach-Hueck, § 86, 3 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 86,5, § 75,5; Schlegelberger-Quassowski, § 75,4, § 86,10, § 70,5; a.A. noch Ritter, § 86,5, § 70,5; von Godin-Wilhelmi, § 70,4

3) Der Reg E ändert die Höchstziffer auf 15 Mandate ab, wobei aber die Möglichkeit ministerieller Ausnahmen wegfallen soll.

4) h.L., Baumbach-Hueck, § 86, 3 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 86,8

5) Baumbach-Hueck, § 86, 3 B; Schmidt in GrosskommAktG 86, 8; Boldt, MitbestG, § 4, 4 b; Müller-Lehmann, § 4, 3; Bergmann, NJW 53, 82; a.A. R.Lehmann, BB 53, 355, der Aufsichtsratssitze in einer dem BetrVG unterliegenden GmbH nicht berücksichtigen will.

20 erhöht, falls die Wahl oder Entsendung zur Wahrnehmung wirtschaftlich Belange der oben Genannten vorgenommen wurde. § 86 II S.2 AktG, i.V.m. § 18 DfVO kann nicht ausdehnend ausgelegt werden dergestalt, dass auch die nach § 6 III S.1 MitbestG von den Spitzenorganisationen der Gewerkschaften in den AR Entsandten bis zu 20 AR-Sitze einnehmen können 1). Als Zeitpunkt, in dem das AR-Mitglied nicht mehr als 10 bzw. 20 AR-Sitze innehaben darf, gilt die Annahme der Wahl 2).

Die ausdrücklichen gesetzlichen oder sich aus dem Gesetz ergebenden Voraussetzungen zur Befähigung eines AR-Amtes müssen alle AR-Mitglieder erfüllen, also auch die Entsandten und die Arbeitnehmervertreter.

Die Satzung kann weitere Erfordernisse für die Anteilseignervertreter festlegen, nicht aber für die Arbeitnehmervertreter 3). Sie darf aber nicht durch Aufstellen zu enger Bedingungen den Kreis der für den AR Geeigneten soweit einengen, dass keine ausreichende Auswahl bleibt 4). Die Satzung darf die Eignung auch nicht an Kriterien binden, die eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes bedeuten würden. Das wäre der Fall, wenn eine Eignung für den AR an eine Inhaberschaft bestimmter Aktien gebunden würde 5). Als Beispiel für eine, wenn auch negative Wählbarkeitsvoraussetzung, liess sich nur eine Bestimmung in der Satzung der Deutschen Bank finden 6), wonach eine Beteiligung von AR-Mitgliedern an anderen Banken nur mit Zustimmung des AR zulässig ist.

Die Satzung kann beliebige Beschränkungen für die nach § 88 AktG Entsandten einführen 7). Fraglich ist, was aus den AR-Sitzen wird, die Entsendungsberechtigten zustehen, ohne dass diese Gebrauch von ihrem Recht machen. Von Godin-Wilhelmi 8) halten es für zulässig, dass dann die Hauptversammlung den freien Sitz besetzen darf. Auf diese Weise würde aber dem Entsendungsberechtigten die Möglichkeit einer nachträglichen Entsendung genommen. Deshalb sind Hueck 9) und Schmidt 10) der Auffassung, dass aus Zweckmässigkeitsgründen der frei gebliebene Platz nur unter der Bedingung durch Hauptversammlungswahl besetzt werden dürfe, dass der Betreffende ausscheide, sobald der Entsendungsberechtigte von dem ihm zustehenden Recht Gebrauch mache. Diese Ansicht überzeugt. Zunächst ist nicht

---

1) Boldt, MitbestG, § 4, 4 b; Otto, S.43
2) Baumbach-Hueck, § 86, 3 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 9
3) Baumbach-Hueck, Anh. § 86, 3 D; Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 6; Dietz, § 76, 36; Galperin-Siebert, § 76, 36.
4) RG 133, 90, 94,
5) Baumbach-Hueck, § 86, 3 A, Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 6
6) § 9 IV Deutsche Bank
7) Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 7
8) von Godin-Wilhelmi, § 86, II, 1
9) Baumbach-Hueck, § 88, 5 C
10) Schmidt in GrosskommAktG, § 88, 7, 10

einzusehen, weshalb der Hauptversammlung jede Möglichkeit der Vervollständigung des AR verschlossen sein soll, wenn der Entsendungsberechtigte untätig bleibt. Grundsätzlich wird der AR bei Unvollständigkeit oder fehlender Beschlussfähigkeit durch das Gericht nach § 89 II, III im Wege der Notbestellung ergänzt. Eine Bestellung durch Hauptversammlungsbeschluss wird den Belangen der Gesellschaft weit mehr gerecht. Da die Wahl auf Grund einer auflösenden Bedingung erfolgt, wird die Höchstzahl auch dann nicht überschritten, wenn der Entsendungsberechtigte doch noch von seinem Recht Gebrauch macht. Denn mit der Entsendung tritt die auflösende Bedingung ein, und das von der Hauptversammlung gewählte Mitglied scheidet aus. Bis dahin hat das gewählte Mitglied wirksam ein AR-Mandat übernommen.

f) § 90 I AktG

§ 90 I normiert eine weitere Eignungsvoraussetzung, indem ein AR-Mitglied nicht gleichzeitig Vorstandsmitglied oder dauernder Vertreter von Vorstandsmitgliedern oder leitender Angestellter derselben Gesellschaft sein kann, bei der er als AR-Mitglied tätig ist. Diese Bestimmung ist damit zu erklären, dass Pflichten und Aufgaben des Vorstandes und des AR grundsätzlich unvereinbar sind 1). Man denke nur an die Überwachung der Geschäftsführung des Vorstandes. Fraglich und aus § 90, I AktG nicht ohne weiteres ersichtlich ist, inwieweit die Verwaltungsmitglieder von Gesellschaften, die untereinander im Verhältnis der Abhängigkeit stehen, in der Obergesellschaft AR-Mitglied und in der abhängigen Gesellschaft Vorstandsmitglied sein können. Dabei ist an den Fall AEG-Telefunken zu denken, der anlässlich der Besprechung des AEG-Jahresabschlusses 1959/60 in der Wirtschaftspresse besprochen wurde 2).

Mit diesem Fall hat es folgende Bewandtnis:

Der Vorstandsvorsitzer der 100 %igen AEG-Tochter Telefunken GmbH wurde durch Hauptversammlungsbeschluss in den AR der AEG gewählt. Zweifel über die Zulässigkeit des Verfahrens konnten entstehen, da die Verwaltung der Beteiligung Telefunken zu den Geschäftsführungsmassnahmen des AEG-Vorstandes gehört, der vom AR überwacht wird und nach der Zuwahl des Vorstandsvorsitzenden von Telefunken auch von einem Vorstandsmitglied einer abhängigen Gesellschaft.

Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Wahl ist es nicht erforderlich, auf die Motive dieser Massnahme einzugehen. Telefunken ist eine abhängige Gesellschaft i.S. von § 15 II AktG, für die § 90, I dann kein Verbot enthält, falls nicht mit Hilfe des Begriffes des leitenden Angestellten ein Verbot der Zugehörigkeit zur Verwaltung in der Ober- und Untergesellschaft ausgesprochen wird. Der Begriff des leitenden Angestellten ist in § 90 I der gleiche wie in § 80 I, S.2 AktG 3). Während aber in § 80 gesetzliche Vertreter eines abhängigen Unternehmens den Vorstands-

---

1) Baumbach-Hueck, § 90, 1; Schlegelberger-Quassowski, § 90, 1

2) vgl. Blick durch die Wirtschaft vom 24.2.1961

3) Baumbach-Hueck, § 90, 1; Schmidt in GrosskommAktG, § 90, 3 a

mitgliedern gleichgestellt werden, ist nach § 90 I eine solche Gleichstellung nicht vorgesehen. Danach dürften einer Beteiligung an den Verwaltungsorganen wie im Fall AEG/Telefunken keine rechtlichen Bedenken entgegenstehen. Das Verbot des § 90 I AktG gilt deshalb nicht für untereinander in Abhängigkeit stehende Gesellschaften 1).

g) Stimmberechtigung und Interessenkollision

Nur bei Vorliegen ganz bestimmter Fälle einer Interessenkollision ist ein AR-Mitglied nicht stimmberechtigt. Nach herrschender Ansicht 2) wird auf die Abstimmung der AR-Mitglieder § 34 BGB angewendet. Demnach ist ein Mitglied dann nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit ihm oder die Erledigung eines Prozesses zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft. Ob es sich um eigene Angelegenheiten oder um solche eines vom abstimmenden Mitglied Vertretenen handelt, ist gleichgültig, da auch § 181 BGB sinngemäss anzuwenden ist 3). Da § 40 BGB auch bezüglich § 28 I BGB den Grundsatz des Vorranges der Satzung bestimmt und da § 28 I auf § 34 BGB verweist, ist dem Wortlaut des Gesetzes nach die Bestimmung des § 34 I BGB abdingbar. Nach allgemeiner Meinung wird aber entgegen den gesetzlichen Bestimmungen § 34 I BGB als zwingendes Recht behandelt, die Abdingbarkeit wird als gesetzgeberisches Versehen gewertet 4).

Ein AR-Mitglied ist auch dann nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlussfassung die Entscheidung über einen Anspruch zum Gegenstand hat, der dem betreffenden Mitglied oder dem von diesem Vertretenen zusteht 5). Bei einer Beschlussfassung über innere Angelegenheiten des AR, wie Wahl oder Abberufung des Vorsitzenden, hat jedes AR-Mitglied ein Stimmrecht, auch wenn die Beschlussfassung die eigene Person zum Gegenstand hat 6), es sei denn, es handelte sich um eine Entlastung 7).

---

1) Hueck, aaO; Würdinger, S. 141, der eine solche Massnahme für gesetzlich zulässig hält, die aber dem Zweck der Regelung widerspricht.
2) Baumbach-Hueck, § 92, 3 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 20; Staudinger-Coing, § 34, 7; im Ergebnis auch Schlegelberger-Quassowski, § 92, 21; a. A. Soergel-Siebert, § 34, 2; z. T. weitergehend als die herrschende Ansicht Redding NJW 56, 48, 50, der Stimmbeschränkungen aus § 242 BGB ableitet.
3) Baumbach-Hueck, § 92, 3 B; Meilicke S. 85
4) Palandt-Danckelmann, § 34, 1; Staudinger-Coing, § 28, 6; Meilicke, S. 86
5) Baumbach-Hueck, § 92, 3 B; § 93, 2 B
6) RG 104, 182, 186; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 20
7) RG 49, 146; danach haben die Geschäftsführer einer GmbH in einer Gesellschafterversammlung ein Stimmrecht, wenn über die von ihnen als Geschäftsführer aufgestellte Bilanz beschlossen werden soll, denn die Feststellung der Bilanz entlastet sie nicht.

Die Möglichkeit der Interessenkollision ist in besonderem Masse bei den nach § 88 AktG Entsandten und bei Arbeitnehmervertretern gegeben. Man denke nur an die vielen Fälle, bei denen Entsandte über ein Rechtsgeschäft oder über einen Rechtsstreit mit dem Entsendungsberechtigten zu entscheiden haben. Die Befugnis zur Stimmabgabe der betreffenden AR-Mitglieder wird dadurch nicht berührt, da sich alle Mitglieder bei der Abstimmung von den Interessen der AG leiten lassen müssen 1).

6. Folgen des Mitstimmens Nichtberechtigter

Gibt ein Nichtberechtigter seine Stimme ab, so ist diese eine Stimme rechtlich wirkungslos. Für den Beschluss kann sie Auswirkungen in dreierlei Hinsicht haben.

Es ist denkbar, dass das Abstimmungsergebnis ohne Mitzählen der wirkungslosen Stimme anders wäre, da es an der erforderlichen Mehrheit fehlt. Dann ist der Beschluss mangels Mehrheit nicht zustande gekommen. Hatte die Stimme des Nichtberechtigten auf das Beschlussergebnis insofern keinen Einfluss, als auch nach Berücksichtigung der Wirkungslosigkeit dieser einen Stimme eine genügende Mehrheit vorhanden ist, so war der Beschluss nach der Rechtsprechung des RG 2) wegen fehlender Kausalität wirksam. Nach einer Entscheidung des BGH 3) ist zu prüfen, ob sich die anderen AR-Mitglieder, die an der Abstimmung teilgenommen haben, bei ihrer Stimmabgabe durch die Meinung des Unbefugten beeinflussen liessen. Diese Auffassung trägt der Tatsache Rechnung, dass der Beschluss eines Kollegiums zwar unmittelbar durch Auszählung der einzelnen abgegebenen Stimmen zustande kommt, dass er aber mittelbar durch die Ansichten eines Einzelnen oder Einzelner beeinflusst wird, indem sich andere Mitglieder von diesen überzeugen lassen. Da der Abstimmung eine Aussprache über die Gegenstände der Beschlussfassung vorausgeht, ist zu einer gegenseitigen Beeinflussung genügend Gelegenheit. Inwieweit das im Einzelnen der Fall ist, hängt von den im AR vertretenen Persönlichkeiten ab.

Nach dem angeführten BGH-Urteil ist ein AR-Beschluss, an dem ein Unbefugter teilgenommen hat, nur dann wirksam, wenn einwandfrei die Möglichkeit ausgeräumt wird, dass das Ergebnis der Beschlussfassung durch das Mitstimmen des Unbefugten beeinflusst worden ist. Diesen Nachweis muss derjenige führen, der sich auf den Beschluss beruft.

Diese Auffassung hat in der Lehre Zustimmung gefunden 4).

1) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 20

2) RG 108, 322, 325 f.; RG 110, 194, 197; a.A. KG v. 21.11.04 in OLG 11, 398, wonach das Mitstimmen eines Unbefugten den Beschluss nichtig macht. Der Beweis der fehlenden Kausalität wird nicht zugelassen, obwohl er dem Sachverhalt nach möglich gewesen wäre.

3) BGH 12, 327 = NJW 54, 797 = BB 54, 298 = DB 54, 302 = LM (1) § 93 AktG

4) Baumbach-Hueck, § 93, 2 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 93, 2, § 92,

V. FORM DER ABSTIMMUNG

1. Die Zulässigkeit mündlicher und schriftlicher Abstimmung

Nach § 92 II, III AktG fasst der AR im Anschluss an Verhandlungen Beschlüsse, die nur ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen durch schriftliche Abstimmung zustande kommen dürfen. Durch § 94, I, S.1 und 2 wird klargestellt, dass der Beschlussfassung regelmässig eine Sitzung vorauszugehen hat 1), um eine Verhandlung über den Gegenstand der Beschlussfassung zu ermöglichen. Der AR beschliesst im Wege der Abstimmung, welche eine Stellungnahme zum Gegenstand der Beschlussfassung voraussetzt. Zur Abstimmung genügt es, dass das AR-Mitglied irgendeine Äusserung abgibt, die in einer Zustimmung, Ablehnung oder auch Stimmenthaltung bestehen kann 2). Enthält sich ein AR-Mitglied jeglicher Stellungnahme, so hat es keine Stimme abgegeben und wird deshalb so behandelt, als ob es an der Beschlussfassung nicht teilgenommen hätte 3). Eine Beschlussfassung durch stillschweigende Stimmabgabe ist nicht zulässig 4). Die Notwendigkeit ausdrücklicher Stimmabgabe wird aus der nur ausnahmsweisen Zulässigkeit schriftlicher Abstimmung gefolgert 5), ferner aus § 92 II AktG, da eine stillschweigende Beschlussfassung keine ordnungsgemässe Beurkundung des Beschlusses zuliesse 6).

Die schriftliche Abstimmung ist von der schriftlichen Stimmabgabe eines abwesenden Mitgliedes zu unterscheiden. Diese Form der Stimmabgabe wird unter Ziff. 3 behandelt.

Die schriftliche Abstimmung ist nach § 92 III AktG zulässig, wenn kein Mitglied diesem Verfahren widerspricht. Formen der schriftlichen Abstimmung sind Mittei-

---

Fortsetzung der Fussnote 4), Seite 34:

20 a; Meilicke, S.90; a.A. das ältere Schrifttum: von Godin-Wilhelmi, § 93, 4; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 26, der auch bei Nachweis der Nichtbeeinflussung des Ergebnisses durch das Mitstimmen des Unbefugten Nichtigkeit des Beschlusses annimmt.

1) vgl. KG in JW 39, 162

2) Baumbach-Hueck, § 92, 3 C; § 89, 2 B; Meilicke, S.80; Duden BB 50, 803

3) a.A. Schmidt in GrosskommAktG, § 89, 4: Zur Teilnahme an der Beschlussfassung genügt Anwesenheit des Mitgliedes in der Sitzung. Dem kann nicht gefolgt werden; es ist zu unterscheiden zwischen Teilnahme an der Sitzung, wozu Anwesenheit genügt, und Teilnahme an der Beschlussfassung, wofür nach h.A. eine ausdrückliche Stimmabgabe erforderlich ist.

4) BGH, 10, 187, 194; OLG Hamburg, AG 59, 22; Baumbach-Hueck, § 92, 3 C; § 89, 2 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 11, 16; Meilicke, S.80; von Godin-Wilhelmi, § 92, 6, S.408

5) von Godin-Wilhelmi, § 92, 6, S.408; OLG Hbg., AG 59, 22

6) OLG Hbg. aaO

lung der Stimmabgabe durch Telegramm 1) oder Fernschreiber 2). Da das Gesetz vorschreibt, dass kein Mitglied dieser Form der Abstimmung widersprechen darf, ist es nicht zulässig, durch Satzungsbestimmung dem Vorsitzer des AR zu überlassen, ob schriftlich abgestimmt wird 3). Die Initiative zu dieser Abstimmungsform kann von jedem Mitglied des AR ausgehen, regelmässig wird der Vorschlag vom AR-Vorsitzenden ausgehen. Schriftliche Abstimmung liegt nur vor, wenn keine Sitzung mit anschliessender Beschlussfassung stattgefunden hat 4). Die Voraussetzungen ordnungsgemässer Einberufung sind dieselben wie bei der mündlichen Abstimmung; jedes Mitglied muss folglich zur schriftlichen Stimmabgabe aufgefordert werden, ausser wenn es unerreichbar ist 5). In der Aufforderung zur Abstimmung muss der Antrag bestimmt bekannt gemacht werden 6). Das wird in aller Regel nur schriftlich geschehen können, es sei denn, die Mitglieder kannten bereits aus früheren Beratungen den Gegenstand der Beschlussfassung. Der schriftlich Abstimmende kann nämlich wirksam seine Stimme nur abgeben, wenn sie sich auf einen bestimmten, ihm bekannten, Antrag bezieht. Es ist zu empfehlen, mit der Aufforderung zur Abstimmung eine Frist zu nennen, binnen derer die Willensentscheidung beim AR-Vorsitzer eingetroffen sein muss. Fehlt es an einer nicht zu kurz bemessenen 7) Fristsetzung, so muss die Stimmabgabe oder der Widerspruch gegen die Art der Abstimmung binnen angemessener Frist erfolgen. Ist die Frist verstrichen, ohne dass ein Mitglied dem Verfahren widersprochen hat, so ist die schriftliche Abstimmung zulässig, ferner kann der Vorsitzer das Ergebnis der Beschlussfassung durch Auszählen der Stimmen feststellen.

2. Die Unzulässigkeit telefonischer Abstimmung

Telefonische Abstimmung ist nach herrschender Ansicht wegen des "Mangels eines urkundlichen Substrats" 8) unzulässig 9).

---

1) Baumbach-Hueck, § 92, 3 C; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 11; Meilicke, S. 84; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 33; KG in JW 38, 1824
2) Meilicke, S. 84
3) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 11
4) Schmidt in GrosskommAktG, § 93, 9
5) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 12; von Godin-Wilhelmi, 92, 6, S. 406
6) RG in HRR 1928, Nr. 239; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 12
7) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 18
8) Schmidt, Umgestaltung S. 122
9) Baumbach-Hueck, § 92, 3 A, 3 C; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 11; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 33; Meilicke, S. 83 f.; JW 39, 162, mit Anm. v. Groschuff; KG in DJ 38, 2044; KG in DNotZ, 39, 342 = DR 39, 718; OLG Hbg., BB 52, 43; a. A. von Godin-Wilhelmi, § 92, 6, S. 408; Hildebrandt, AG 57, 5; ders. in DFG 39, 5, wonach die telefonische Abstimmung eine Sonderform mündlicher Abstimmung sein soll, die vom Gesetz

Meilicke 1) und Hildebrandt 1) halten die notwendigen Voraussetzungen eines mündlichen Beschlusses auch dann noch für gegeben, wenn eine mündliche Verhandlung in Form einer telefonischen Konferenzschaltung - mit Fernsehen verbunden - abgehalten würde.

3. Stimmabgabe nicht Erschienener

AR-Mitglieder können ihre Obliegenheiten nicht durch andere ausüben lassen (§ 95 VI AktG). Zu diesem Grundsatz stellt § 93 III eine Ausnahme dar, insofern verhinderte AR-Mitglieder unter bestimmten Voraussetzungen schriftliche Stimmabgaben überreichen lassen können. Zur besseren Unterscheidung von der schriftlichen Abstimmung ist es empfehlenswert, die schriftliche Stimmabgabe eines verhinderten Mitgliedes mit dem Wortlaut des Gesetzes (§ 93 III S. 2) als Überreichung einer schriftlichen Stimmabgabe zu bezeichnen. An der Form der Beschlussfassung ändert sich dadurch nichts. Die Überreichung einer schriftlichen Stimmabgabe setzt voraus, dass die Satzung eine solche Stimmabgabe zulässt (§ 93 III S. 1) 2). Die Satzung kann die Zulässigkeit der schriftlichen Stimmüberreichung auch an weitere Erfordernisse binden, z. B. an die Einverständniserklärung des Vorsitzers des AR 3) oder an die Überreichung durch ein AR-Mitglied, nicht durch einen Dritten 4). Eine Erleichterung der Stimmüberreichung über den Wortlaut des Gesetzes hinaus ist nicht zulässig.

Der Ermächtigte kann während der AR-Sitzung das Wort ergreifen, um die Ansicht seines Auftraggebers mitzuteilen, er hat aber nicht das Recht zu eigener Stellungnahme, sondern ist auf die Rechtsstellung eines Boten beschränkt 5). Daher ist es auch unzulässig, dass das verhinderte AR-Mitglied die Ausfüllung der Erklärung über die Abgabe seiner Stimme dem Ermächtigten nach dessen Ermessen überlässt 6). Verstösst der Abwesende gegen diesen Grundsatz, so ist seine Stimme wie die eines Unbefugten zu behandeln 7).

Nach § 93 III S. 3 AktG können der AR-Vorsitzer und sein Stellvertreter nur bei Anwesenheit in der Sitzung stimmen. Streitig ist, ob diese Bestimmung nur dann

---

Fortsetzung Fussnote 9), Seite 36:

nicht ausgeschlossen sei. Dagegen spricht, dass schriftliche Abstimmung, bei der es wie bei der telefonischen an der Möglichkeit einer Aussprache fehlt, nur ausnahmsweise zugelassen ist.

1) Meilicke, S. 84; Hildebrandt, AG 57, 5
2) so in § 11 III Deutsche Bank, § 14 IV Dresdner Bank
3) so § 14 IV Dresdner Bank
4) so § 14 V S. 2 Degussa, § 14 IV S. 1 Dresdner Bank, § 11 III Deutsche Bank
5) Baumbach-Hueck, § 93, 3 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 93, 7, 8; von Godin-Wilhelmi, § 93, 7, S. 419; Gessler, JW 37, 503, Sp. 1
6) Schmidt aaO, Schlegelberger-Quassowski, § 93, 8, von Godin-Wilhelmi, § 93, 7, S. 419 f, a. A. Ritter, § 93, 4
7) vgl. unter D IV 6

gilt, wenn der Vorsitzer oder Stellvertreter in seiner Eigenschaft als Sitzungsleiter abwesend ist oder ob die Stimmberechtigung immer an die Anwesenheit in der Sitzung gebunden ist.
Das Gesetz behandelt hinsichtlich des Stimmrechtes alle AR-Mitglieder gleich, insbesondere fehlt eine dem § 70 II S.2 AktG vergleichbare Bestimmung, wonach bei Meinungsverschiedenheiten der Vorstandsvorsitzer entscheidet. Die Vorschrift des § 93 III S.3 erscheint deshalb nur dann sinnvoll, wenn man ihre Anwendung auf die Fälle beschränkt, bei denen der Vorsitzer oder Stellvertreter in seiner Eigenschaft als Sitzungsleiter amtiert 1).

Aus § 93 III ergibt sich auch, dass jede andere Form der Abstimmung nicht erschienener AR-Mitglieder unzulässig ist, so auch die Abstimmung durch nachträgliche Stimmabgabe.
Schmidt 2) und Schlegelberger-Quassowski 3) halten allerdings eine nachträgliche Stimmabgabe für zulässig, wenn die übrigen anwesenden Mitglieder sich einstimmig für die Zulassung aussprechen, und wenn den anderen nicht anwesenden Mitgliedern ebenfalls Gelegenheit zur nachträglichen Stimmabgabe gegeben wird. Ein Bedürfnis für eine nachträgliche Stimmabgabe ist für die Fälle anzuerkennen, bei denen der Abstimmungsvorgang nicht zu einem Beschluss mangels ausreichender Mehrheit führte. Aber besonders bei Beschlussfassungen über Gegenstände, über deren Behandlung sich die Mitglieder nicht einigen können, besteht andererseits ein Bedürfnis zur Aussprache, die den nachträglich Abstimmenden nicht möglich ist. Mir scheint daher eine nachträgliche Abstimmung nicht erschienener AR-Mitglieder unzulässig zu sein, da sie dem Zweck der Abhaltung von AR-Sitzungen widerspricht. Schliesslich steht die nachträgliche Abstimmung der Kompetenzverteilung des Aktienrechts entgegen, denn die Abstimmung nicht Erschienener durch Überreichung einer schriftlichen Stimmabgabe ist an eine dieses Verfahren zulassende Satzungsbestimmung gebunden. Dem widerspricht es, wenn von Fall zu Fall über die Abstimmung nicht Erschienener die in der Sitzung anwesenden Mitglieder entscheiden können.

4. Keine Mehrstimmrechte

Jedes AR-Mitglied hat eine Stimme (§ 32 I S.3 BGB); für den AR darf auch durch

---

1) von Godin-Wilhelmi, § 93, 8; Schlegelberger-Quassowski, § 93, 7; so auch § 14 II, S.2 Dresdner Bank, wonach der Stellvertreter des Vorsitzers, soweit eine Tätigkeit in dieser Eigenschaft nicht in Betracht kommt, bei Abwesenheit eine schriftl. Stimmabgabe überreichen lassen kann; a.A. Baumbach-Hueck, § 93, 3 C; Schmidt, Umgestaltung, S.40; Schmidt in Grosskomm-AktG, § 93, 7; Teichmann-Koehler, § 93, 3, fassen § 93 III S.3 in der Weise auf, dass sich der Vors. und sein Stellv. nur durch ein AR-Mitglied vertreten lassen können.
2) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 18
3) Schlegelberger-Quassowski, § 92, 19

Satzungsbestimmung kein Mehrstimmrecht vorgesehen werden 1), wohingegen andere personalistisch aufgebaute Kollegien ein Mehrstimmrecht begründen können 2). Für das Aktienrecht lassen sich Mehrstimmrechte weder mit § 88 I, S.2 AktG, wonach die Gesamtzahl der entsandten Mitglieder den dritten Teil aller AR-Mitglieder nicht übersteigen darf, noch mit der Beteiligung von Arbeitnehmervertretern am AR vereinbaren 3). Eine Ausnahme dazu bildet die ausschlaggebende Stimme des Vorsitzers unter besonderen Voraussetzungen bei Stimmengleichheit 4). Ebenso ist die Begründung eines Vetorechts für bestimmte Mitglieder unzulässig, da es auch § 32 I, S.3 BGB widersprechen würde 5).

VI. ABSTIMMUNGSERGEBNIS

1. Regelung bei Stimmengleichheit

Ergibt die Auszählung der Stimmen, dass keine Mehrheit zustande gekommen ist, so fehlt es an einem Beschluss. Es ist jedoch zulässig, dass die Satzung für den Fall der Stimmengleichheit eine Regelung enthält. So wird oft vorgesehen, dass bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzers den Ausschlag geben soll 6), was nach herrschender Auffassung zulässig ist 7). Anstelle der ausschlaggebenden Stimme des Vorsitzers kann die Satzung auch eine Entscheidung durch Los vorsehen 8); von dieser Möglichkeit wird insbesondere bei Wahlen Gebrauch gemacht 9). Ohne

---

1) Baumbach-Hueck, § 92, 3 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 17, 19; von Godin-Wilhelmi, § 92, 6, S.409; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 20; Möhring-Schwartz, S.93 f.; Staub-Pinner, § 246, 14 f; a.A. Ritter, § 92, 5; Friedländer, S.422 f.

2) vgl. §§ 709 II BGB, 119 II, 161 II i.V.m. 119 II HGB, 28, 32 I i.V.m. 40 BGB

3) Friedländer aaO untersucht die Begründung von Mehrstimmrechten im Hinblick auf die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern nach § 70 des Betriebsrätegesetzes vom 4.2.1920. Seine Auffassung kann aber keineswegs überzeugen.

4) Darüber im folgenden unter VI 1.

5) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 19; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 18; Staub-Pinner, § 246, 14 f.

6) So § 11 V S.2 Commerzbank, § 11 IV Deutsche Bank, ganz deutlich § 24 II Ford, wonach der Vorsitzer bei Stimmengleichheit eine entscheidende Zusatzstimme hat.

7) Baumbach-Hueck, § 92, 3 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 16; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 17; KG in HRR 41, 339 a; a.A. von Godin-Wilhelmi, § 92, 6, S.409.

8) Hueck, aaO; Schmidt aaO; Schlegelberger-Quassowski, aaO; a.A. von Godin-Wilhelmi aaO; Staub-Pinner, § 246, 14 f.

9) § 14 V Dresdner Bank, § 9 III Karstadt

ausdrückliche Satzungsbestimmung hat der AR-Vorsitzer nicht wie der Vorstandsvorsitzer nach § 70 II, S.2 eine Entscheidungsbefugnis.
Die Auffassung von Schlegelberger-Quassowski 1), wonach immer dann ein Hauptversammlungsbeschluss herbeigeführt werden muss, wenn ein AR-Beschluss infolge Stimmengleichheit nicht zustande gekommen ist, findet im Gesetz keinerlei Anhalt und dürfte gegen die strenge Kompetenzverteilung des AktG verstossen 2) (§ 103 I AktG). Nur für den Fall, dass die Wahl eines AR-Vorsitzers wegen zweier gleichstarker Gruppen im AR nicht zustande kommt, wird eine Wahl durch die Hauptversammlung für zulässig erachtet 3). Anderenfalls würde die Funktionsfähigkeit des AR infrage gestellt.

2. Die Zulässigkeit besonderer Mehrheiten

§ 92 AktG enthält keine Bestimmungen über die für einen Beschluss notwendige Mehrheit; es entscheidet deshalb die einfache Mehrheit 4), falls die Satzung nicht eine qualifizierte vorschreibt. Die Zulässigkeit einer solchen Satzungsbestimmung ist in bestimmtem Umfang anerkannt 5). Die qualifizierte Mehrheit darf aber nicht für solche Beschlüsse vorgesehen werden, zu deren Fassung der AR kraft Gesetzes jederzeit in der Lage sein muss, weil es sich um Pflichtaufgaben handelt, die durch die Satzung nicht auf ein anderes Organ übertragen werden können 6). Nur insoweit, als die Zuständigkeit des AR zur Wahrnehmung von Aufgaben in der Satzung begründet werden kann, ist es zulässig, qualifizierte Mehrheiten vorzuschreiben 7). Bestimmt die Satzung darüberhinaus für gesetzliche Pflichtaufgaben des AR qualifizierte Mehrheiten, so verletzt sie die Zuständigkeitsregelung des Gesetzes, denn ein Eingriff in die Zuständigkeit des AR liegt schon in der Erschwerung der Erfüllung seiner Aufgaben, wie sie die Begründung grösserer Mehrheiten zweifellos darstellt. Eine solche Bestimmung wäre für das Wohl der Gesellschaft auch höchst bedenklich; man stelle sich nur vor, die Wahl eines

---

1) Schlegelberger-Quassowski, § 92, 17
2) Goldschmit, AR, S.320; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 16
3) Baumbach-Hueck, § 92, 2 A im Anschluss an KG DR 41, 502 = HRR 41,339 a; RG 73, 234, 236; a.A. Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 1; Ritter, § 92, 3
4) Baumbach-Hueck, § 92, 3 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 16; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 19; Goldschmit, AR, S.320; a.A. Brodmann § 246, 3 a
5) vgl. Goldschmit, AR, § 246, Anm.202; Ritter, § 92,5, Schlegelberger-Quassowski, § 92, 17; Baumbach-Hueck, § 92, 3 B; Schmidt in Grosskomm-AktG, § 92, 17; Bayer, JZ 53, 226; R.Lehmann, BB, 53, 118
6) a.A. Knur, DNotZ, 53, 11, der "insbesondere" für die gesetzlichen Aufgaben wie Vorstandsbestellung, Mitwirkung bei der Feststellung des Jahresabschlusses eine qualifizierte Mehrheit zugestehen will.
7) vgl. bes. Hueck in Hueck-Leibholz, S.12

neuen Vorstandsmitgliedes oder die Billigung des Jahresabschlusses könnten nur durch einstimmigen Beschluss des AR zustande kommen.

Danach sind die sehr häufigen Satzungsbestimmungen unwirksam, welche die Bestellung oder den Widerruf der Bestellung eines Vorstandsmitgliedes an eine qualifizierte Mehrheit binden 1).

Anders ist es zu beurteilen, wenn der AR in seiner Geschäftsordnung besondere Mehrheiten für ihm gesetzlich übertragene Aufgaben begründet. Darin kann kein Verstoss gegen die gesetzliche Zuständigkeitsregelung gesehen werden, denn die Erfüllung der Aufgabe wird durch das zuständige Organ, nämlich den AR, erschwert.

Unzulässig ist eine Bestimmung, wonach eine Beschlussfassung über bestimmte Gegenstände nur einstimmig möglich ist. Dadurch wird dem einzelnen Mitglied eine übermässige Rechtsmacht zuteil, die mit dem Majoritätsprinzip bei der Abstimmung nicht zu vereinbaren ist 2).

Schmidt 3) hält eine qualifizierte Mehrheit nur in solchen Aufsichtsräten für zulässig, an denen keine Arbeitnehmervertreter beteiligt sind, da andernfalls die Arbeitnehmer in unzulässigerweise behindert würden. Davon kann aber durch das Verlangen grösserer Mehrheiten keinesfalls die Rede sein.

Bei einem paritätisch besetzten AR trifft jede Veränderung der Mehrheiten beide im AR vertretene Gruppen in gleicher Weise.

Bei einem AR mit einem Drittel Arbeitnehmerbeteiligung wird sich das Verlangen einer grösseren Mehrheit regelmässig zu Gunsten der Arbeitnehmervertreter auswirken, es sei denn, die Arbeitnehmervertreter wollten mit Hilfe der Stimmen eines Teiles der Anteilseignervertreter einen Beschluss fassen. Dann würde der Beschluss wegen des Erfordernisses einer qualifizierten Mehrheit verhindert. Häufiger dürfte der Fall auftreten, dass sich ein geringer Teil der Anteilseignervertreter zusammen mit den Arbeitnehmervertretern gegen einen von der Mehrheit der Anteilseignervertreter gewollten Beschluss ausspricht. Dann wird der Einfluss der Arbeitnehmerseite durch die Einführung einer grösseren Mehrheit gestärkt, indem die Verhinderung eines von den Arbeitnehmervertretern nicht gewollten Beschlusses erleichtert wird 4).

---

1) vgl. Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 17
2) vgl. Hueck in Hueck-Leibholz, S. 12 f.
3) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 17
4) vgl. R. Lehmann, BB 53, 118, 120, Sp. 2; Knur, DNotZ 53, 7, 11

VII. PROBLEME IM ZUSAMMENHANG MIT DER BILDUNG VON AR-AUSSCHÜSSEN

Die Aufsichtsräte der ganz grossen Gesellschaften bestehen in der Regel aus einer solchen Vielzahl von Mitgliedern, dass sie zur Erfüllung aller Aufgaben zu schwerfällig sind 1). Der AR macht daher von der Möglichkeit Gebrauch, Ausschüsse zu bilden (§§ 92 IV, 93 AktG), um innerhalb seines Aufgabenbereiches die Arbeit zu teilen.

Die Bildung von Ausschüssen war bis zum AktG von 1937 nicht vorgesehen. Trotz § 246 IV HGB, wonach die Mitglieder des AR ihre Obliegenheiten nicht auf andere übertragen konnten, war in Literatur und Rechtsprechung die Zulässigkeit der Ausschussbildung allgemein anerkannt 2). Die Zuständigkeit zur Bildung von Ausschüssen liegt beim AR als Gesamtorgan (§ 92 IV). Eine Ausschussbildung aufgrund eines Entschlusses des AR-Vorsitzers ist nicht zulässig 3). Aus dem Gesetz ergibt sich aber nicht, dass ausschliesslich der AR zuständig ist; nach herrschender Ansicht kann die Bildung von Ausschüssen aufgrund Satzungsbestimmung vorgeschrieben werden 4), wenn dadurch nicht in die gesetzliche Kompetenzverteilung eingegriffen wird. Das heisst, hinsichtlich der gesetzlichen Befugnisse des AR kann die Satzung eine Ausschussbildung nicht vorschreiben 5), da diese und die Art ihrer Erfüllung dem AR in alleiniger Zuständigkeit verbleiben müssen.

Für die Erledigung der Aufgaben des Ausschusses gelten die gleichen Grundsätze wie für das Gesamtorgan 6). Die Regelung der inneren Ordnung wird sich im allgemeinen nach einer vom AR erlassenen Geschäftsordnung richten 7).

1. Zusammensetzung

Aus dem Wort Ausschuss ergibt sich hinsichtlich der Anzahl der Ausschussmitglieder zweierlei. Zunächst muss der Ausschuss weniger Mitglieder haben als das Gesamtorgan, ferner muss es sich wenigstens um zwei Mitglieder handeln, will man von einem Ausschuss sprechen 8). Dass der Gesetzgeber eine Zuweisung von Be-

---

1) vgl. Schlegelberger-Quassowski, § 92, 35; Teichmann-Koehler, § 92, 4
2) Goldschmit, AR, S.314; Staub-Pinner, § 246, 12; Brodmann, § 246, 2 a; Breska, BankA XXXVII, 160; OLG Dresd. JFG 1, 227
3) Schmidt, Umgestaltung, S.78; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 23
4) Baumbach-Hueck, § 92, 5 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 24; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 40; a.A. von Godin-Wilhelmi, § 92, 7, S.411
5) Schmidt, aaO; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 39; v. Winterfeld; ArbuR, 54, 229
6) Baumbach-Hueck, § 92, 5 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 28
7) so z.B. nach § 15 I S.1 Dresdner Bank, § 9 S.2 MAN, § 12 S.1 Kaufhof
8) Baumbach-Hueck, § 92, 5 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 25, 28; von Godin-Wilhelmi, § 92, 7, S.415; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 36;

fugnissen an einzelne Mitglieder des AR im Rahmen der Ausschussbildung nicht für zulässig erachtet, ergibt sich aus § 95 III AktG, wonach der AR einzelne Mitglieder nur mit ganz bestimmten Aufgaben betrauen kann. Schmidt 1) ist der Ansicht, dass solchen Ausschüssen, denen entscheidende Befugnisse übertragen worden sind 2), mindestens drei Mitglieder angehören müssen, da § 86 I S.1 AktG anzuwenden sei. Diese Auffassung überzeugt nicht, sie findet auch im Gesetz keinen Anhalt, etwa in Form einer Bezugnahme auf § 86. Hinsichtlich der Beschlussfassung des Gesamtorgans wird kein Unterschied gemacht, ob über entscheidende Befugnisse abgestimmt wird oder nicht. Daher erschiene es nur begründet, die Beschlussfähigkeit des Ausschusses wie die des Gesamtorgans an eine Teilnahme von wenigstens drei Mitgliedern zu binden. Dann wären aber Gesellschaften mit nur drei AR-Mitgliedern nicht in der Lage, einen Ausschuss zu bilden, worauf Frels 3) besonders hinweist. Nach herrschender Auffassung hat ein AR-Ausschuss aus mindestens zwei Mitgliedern zu bestehen 4).

Die Ausschussmitglieder werden in einem mit einfacher Mehrheit zu fassenden Beschluss gewählt (§ 92 IV), falls nicht besondere Mehrheiten im Rahmen ihrer Zulässigkeit durch Satzungsbestimmung 5) vorgeschrieben werden. Das gilt auch für Gesellschaften, deren AR aus Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern besteht, da § 92 AktG auch für diese Gesellschaften gilt (§§ 3 II, 4 III MitbestG, § 5 IV MitbestErgG i.V.m. § 4 III MitbestG) 6). Das bedeutet, dass keine im AR vertretene Gruppe, weder die Arbeitnehmervertreter 7), noch die nach § 88 AktG Entsandten 8), ein Sonderrecht auf Wahl in einen Ausschuss hat. Daraus ergibt sich ferner, dass die Arbeitnehmergruppe keinen Anspruch hat, im Verhältnis ihrer Be-

---

Fortsetzung der Fussnote 8), Seite 42:
v. Gierke, AG 57, 75; Möhring-Schwartz, S.97; a.A. Frels, AG 57, 9; 58, 232, der einköpfige AR-Ausschüsse für zulässig hält.

1) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 25, 28
2) von dieser Möglichkeit wird in der Praxis häufig Gebrauch gemacht, vgl. § 12 S.2 Kaufhof, § 12 III Klöckner-Humboldt-Deutz, § 9 S.3 MAN
3) Frels, Überweisung, S.106
4) Baumbach-Hueck, § 92, 5 A; Möhring-Schwartz, S.97; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 27; Ritter, § 92, 6; Frels, AG 57, 11; a.A. mit Schmidt von Winterfeld, ArbuR 54, 227
5) vgl. oben D V 2
6) vgl. auch Fitting-Kraegeloh, § 76, 4
7) Baumbach-Hueck, § 92, 5 C; Anh. § 86, 7 A; Hueck, DB, 52, 782; Schmidt, Gutachten, S.13; ders. in GrosskommAktG § 92, 23; Schnorr, ArbuR 53, 137; Samson, AG 57, 74; Fitting-Kraegeloh, § 76, 124
8) Schmidt in GrosskommAktG, § 88, 16; Schlegelberger-Quassowski, § 88, 20, 22; Staub-Pinner, § 246, 12 b hinsichtlich der nach § 70 des Betriebsrätegesetzes vom 4.2.1920 in den AR entsandten Betriebsratsmitglieder.

teiligung am AR auch an etwaigen Ausschüssen beteiligt zu sein 1). Allerdings wäre ein allgemeiner Ausschluss der Arbeitnehmervertreter von der Beteiligung an den Ausschüssen unzulässig und ein dahingehender AR-Beschluss nichtig, da eine solche Massnahme gegen den Geist des BetrVG verstossen würde 2). Der Gesetzgeber wollte die Frage der Arbeitnehmerbeteiligung an Ausschüssen nicht entscheiden, denn eine Vorschrift, wonach jedem Ausschuss wenigstens ein Arbeitnehmervertreter angehören muss, wurde vom Bundestagsausschuss für Arbeit gestrichen und nicht in das Gesetz aufgenommen 3).

2. Rechtsverhältnis zwischen AR und Ausschuss

Das Gesetz besagt, dass der AR Ausschüsse bestellen kann (§ 92 IV). Macht der AR von dieser Befugnis Gebrauch, so gibt er seine Zuständigkeit nicht zu Gunsten des Ausschusses auf, indem er Aufgaben im Sinne einer Rechtsnachfolge überträgt 4), sondern der AR lässt die ihm zustehenden Aufgaben nur durch den Ausschuss ausüben 5). Mit Frels 6) ist zur Charakterisierung des zwischen AR und Ausschuss bestehenden Verhältnisses der Ausdruck "Zuweisung" oder "Überweisung" zu gebrauchen, da es zu dem oft verwendeten Begriff der Ermächtigung gehört, dass Befugnisse im eigenen Namen wahrgenommen werden.

3. Fehlende Handlungsfähigkeit des Ausschusses als Folge fehlender Beschlussfähigkeit des AR

Es geht hier um die Frage, ob ein Ausschuss einen gültigen Beschluss fassen kann, wenn er handlungsfähig ist, der AR aber infolge des Fortfalles von Mitgliedern beschlussunfähig geworden ist.

1) Schmidt, Gutachten S. 13; a. A. Schnorr, ArbuR 53, 137, nach dessen Meinung die Arbeitnehmer an einem Drittel der Ausschüsse beteiligt sein müssen; ferner v. Winterfeld, ArbuR 54, 229, der an jedem Ausschuss eine Beteiligung in Höhe eines Drittels für erforderlich hält. Das würde bedeuten, dass zweiköpfige Ausschüsse nur noch bei Gesellschaften ohne Arbeitnehmerbeteiligung nach dem BetrVG möglich sind: Frels, Überweisung, S. 119, Anm. 3.
2) Baumbach-Hueck, § 92, 5 C; Hueck, DB 53, 120; Schmidt, Gutachten S. 13; R. Lehmann, BB 53, 120; Gumpert, BB 54, 334; Galperin-Siebert, § 76, 7; Fitting-Kraegeloh, § 76, 124; Dietz, § 76, 14; Müller-Lehmann, § 2, 43; § 7, 16; Kötter MitbestG, § 2, 7 e; Schnorr, ArbuR 53, 137; Bergmann, NJW 53, 84
3) vgl. Fitting-Kraegeloh, § 76, 9, Galperin-Siebert, § 76, 7
4) Frels, Überweisung, S. 45
5) Meilicke, S. 105; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 27; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 42; wohl auch von Godin-Wilhelmi, § 92, 7, S. 412, die sagen, dass der Ausschuss beauftragt und ermächtigt wird; OLG Dresd., JFG 1, 227, 231, 233: Danach kann der AR dem Ausschuss die Vorstandsbestellung nicht unter jedem Ausschluss des AR übertragen.
6) Frels, Überweisung, S. 52 f.

Überwiegend wird die Meinung vertreten, dass ohne Rücksicht auf die vollständige Besetzung des Gesamtaufsichtsrates und auf dessen Beschlussfähigkeit die Ausschüsse handlungsfähig bleiben 1), obwohl allgemein anerkannt ist, dass trotz der Zuweisung von Aufgaben an Ausschüsse der AR jederzeit in der Lage ist, diese Aufgaben selbst wahrzunehmen oder auch über den Ausschuss hinweg zu entscheiden 2), falls nicht die Zuweisung an einen Ausschuss durch Satzungsbestimmung ausdrücklich vorgeschrieben wurde.

Gegen die herrschende Ansicht spricht, dass auf dem Umweg über die Ausschüsse ein beschlussunfähiger AR praktisch wieder beschlussfähig wird. Denn wenn der AR Ausschüsse gebildet hat, sind diese Ausschüsse bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben als AR anzusehen 3), indem die Beschlussfassung des AR durch die der Ausschüsse ersetzt wird. Andererseits könnte aber das beschlussunfähige Gesamtorgan die einem Ausschuss zugewiesenen Aufgaben durch Widerruf der Zuweisung, Abschaffung des Ausschuss oder durch Änderung der Entscheidungen des Ausschusses nicht mehr an sich ziehen, da es einen wirksamen Beschluss nicht fassen kann. Dieses Ergebnis dürfte wohl dem Sinn der ausführlichen Regelung der Beschlussfähigkeit des AR durch das Gesetz widersprechen. Es ist daher davon auszugehen, dass mit Eintreten der Beschlussunfähigkeit des AR die Handlungsfähigkeit der Ausschüsse verloren geht 4).

E. EINSCHRÄNKUNG DER NICHTIGKEIT BEI MÄNGELN DES BESCHLUSSVERFAHRENS

Die Auswirkungen der Mängel von AR-Beschlüssen sind ausserordentlich weitgehend, wenn man mit der herrschenden Ansicht eine Anfechtbarkeit von AR-Beschlüssen für ausgeschlossen hält 5). Die Konsequenz der Nichtigkeit zwingt dazu, nach Lösungsmöglichkeiten zu suchen, um die Fälle der Nichtigkeit von AR-Beschlüssen als Folge von Verfahrensverstössen einzuschränken oder wenigstens die Geltendmachung der Nichtigkeit zu erschweren.

---

1) Schmidt in GrosskommAktG, § 86, 15; von Godin-Wilhelmi, § 86, 1 S.376; § 92, 7, S.415; Vallenthin AcP 153, 272.
2) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 27; Meilicke, S.105 f.; von Godin-Wilhelmi, § 92, 7, S.412; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 42; Ritter, § 92, 6.
3) Schmidt, Umgestaltung, S.76; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 43
4) Müller-Lehmann, § 7 MitbestG, Anm.16; Frels, Überweisung S.112
5) vgl. oben unter B IV; Goldschmit, AR, S.247, hält Beschlüsse, die auf den Stimmen von Nichtberechtigten beruhen, für anfechtbar, wofür er sich auf Generalversammlungsbeschlüsse beziehende Angaben aus der Rechtssprechung beruft. Im übrigen sind auch nach Goldschmit gesetz- und satzungswidrig zustande gekommene Beschlüsse nichtig: Goldschmit, aaO, S.322.

I. DER GRUNDSATZ DER FEHLENDEN URSÄCHLICHKEIT (BGH 12, 327)

Mit Hilfe des Grundsatzes der fehlenden Ursächlichkeit des Mitstimmens Unbefugter sind alle die AR-Beschlüsse als wirksam anzusehen, an denen zwar Unbefugte teilgenommen haben, ohne aber das Abstimmungsergebnis irgendwie beeinflusst zu haben. Diese Rechtsprechung ist von der neueren Aktienrechtsliteratur übernommen worden 1). Dabei ist es gleichgültig, ob die Nichtberechtigung zur Stimmabgabe darauf beruht, dass der Betreffende kein AR-Mitglied ist oder zwar AR-Mitglied ist, aber wegen des Ruhens seines Mandats oder wegen des Gegenstandes der Beschlussfassung zur Stimmabgabe nicht berechtigt ist 2).

II. VERZICHTBARKEIT AUF DIE GELTENDMACHUNG DER MÄNGEL DES BESCHLUSSVERFAHRENS

Die vom BGH vertretene Auffassung kann nur dann zu einer Einschränkung der Nichtigkeit führen, wenn nicht zur Stimmabgabe Berechtigte an der Beschlussfassung teilgenommen haben. Das deshalb, weil rückblickend unter Umständen festgestellt werden kann, ob der Unbefugte das Abstimmungsergebnis beeinflusst hat oder nicht. Das ist im umgekehrten Fall nicht möglich, wenn zur Stimmabgabe Berechtigte an der Beschlussfassung nicht teilgenommen haben, und wenn ihr Fehlen in einem Verfahrensverstoss begründet ist. Das kann z.B. der Fall sein, weil keine Einladung erfolgte oder die Ladungsfrist nicht beachtet wurde. Nach der herrschenden Ansicht führt jeder Verstoss gegen das Beschlussverfahren, soweit es sich dabei nicht um blosse Ordnungswidrigkeiten handelt, zur Nichtigkeit des Beschlusses. Dies ohne Rücksicht darauf, ob dem betroffenen Mitglied überhaupt an einer Innehaltung der Formvorschriften gelegen war. Man nehme nur an, dass die Tagesordnung nicht allen Mitgliedern fristgemäss bekannt gegeben wurde oder dass sie einem Mitglied gar nicht mitgeteilt wurde, ohne dass dieses darin einen Grund gesehen hätte, sich auf den Mangel zu berufen, oder dass ein Mitglied vom zuständigen Organ nicht geladen wurde, sondern erst von einem Kollegen von der bevorstehenden Sitzung erfuhr. Die Beispiele liessen sich beliebig fortsetzen. Ihnen allen ist zueigen, dass Verfahrensvorschriften verletzt wurden, die dem Schutze der AR-Mitglieder dienen. Sollte in allen diesen Fällen tatsächlich ein wirksamer Beschluss nicht zustande kommen können, obwohl sich die Betroffenen mit der Nichteinhaltung einzelner Vorschriften abgefunden hatten?

Es geht hier um die Frage, ob auf die dem Schutze des einzelnen AR-Mit-

---

1) vgl. oben D IV 6.

2) Schmidt, GrosskommAktG, § 87, 27, will den Grundsatz des BGH nicht auf den Fall ungültiger Wahl anwenden, wenn der Betreffende die Wahl angenommen hat und tätig geworden ist.

gliedes geltenden Vorschriften verzichtet werden kann, und um welche Vorschriften es sich dabei handelt.

Für das Recht des AR wird in der Rechtsprechung nur ein vergleichbarer Fall behandelt. Das ist damit zu erklären, dass kein Grund besteht, die Wirksamkeit eines Beschlusses in einem gerichtlichen Verfahren nachzuprüfen, wenn der Betroffene sich auf den Fehler nicht beruft.

In einer Entscheidung vom 1.2.1940 vertritt das KG 1) die Auffassung, dass das Unterlassen der Mitteilung einer Tagesordnung nicht unbedingt die Unwirksamkeit eines dennoch gefassten Beschlusses nach sich zieht. Erst wenn dem nachträglichen Verlangen der AR-Mitglieder nicht entsprochen wird, und die Mitglieder nicht erscheinen oder trotz Erscheinens einer Beschlussfassung widersprechen, soll der Beschluss nichtig sein. Mit dieser Entscheidung ist die Zulässigkeit eines Verzichtes auf Schutzvorschriften anerkannt. Es steht ausser Frage, dass das KG einen Beschluss auch dann für wirksam hält, wenn die AR-Mitglieder nicht nachträglich die Mitteilung der Tagesordnung verlangen, aber in der Sitzung erscheinen und, ohne Widerspruch gegen den Verfahrensverstoss zu erheben, an der Abstimmung teilnehmen, ja selbst dann, wenn sie sich der Stimme enthalten, ohne als Grund für die Stimmenthaltung den Verfahrensverstoss anzugeben.

Ob das KG einen Verzicht auf das dem Einzelnen zustehende Recht auf Einhaltung der Formvorschriften über die Unterlassung der Mitteilung der Tagesordnung hinaus für zulässig hält, geht aus der Entscheidung nicht hervor. Jedenfalls hält das KG eine Einladung zur AR-Sitzung für unbedingt notwendig 2).

Ein Verzicht auf dem Einzelnen dienende Schutzvorschriften ist für die Gesellschafterversammlung einer bürgerlich rechtlichen Gesellschaft 3), einer GmbH 4) sowie für die Mitgliederversammlung des Vereins 5) vertreten worden. Diese Rechtsprechung wird man auch auf die Beschlussfassung des AR ausdehnen können. Schutzwürdige Belange der AR-Mitglieder werden dadurch nicht berührt, da es im Ermessen jedes einzelnen Betroffenen steht, ob er sich auf den Verfahrensmangel berufen will oder nicht. Ein Verfahrensmangel soll dann nicht durch Verzicht des Betroffenen heilbar sein, wenn er gegen zwingende, im öffentlichen Interesse getroffene Bestimmungen verstösst 6); zu den unverzichtbaren Verfahrensverstössen wird die Einladung gerechnet 7). Wird auch nur ein Mitglied nicht eingeladen, so handelt es sich nicht um eine AR-Sitzung 8).

1) DNotZ 40, 319 = DR 40, 456
2) so auch RG JW 12, 741 für die Mitgliederversammlung eines Vereins; ferner RG 120, 363, 366; Seuff Arch 77, Nr. 53
3) HRR 37, 1220
4) OLG 42, 223
5) Soergel-Siebert, § 32, 13
6) RG 89, 367, 379; RG 120, 363, 366
7) NJW 60, 1862; Seuff Arch 77, Nr. 53; RG JW 12, 741
8) vgl. die Voranmerkung, ferner Meilicke, S. 79

Die Unterscheidung in solche Verfahrensverstösse, die im öffentlichen Interesse getroffene Bestimmungen verletzen und solche, die dem Schutze einzelner Mitglieder dienen, erscheint mir, wenigstens für den AR, nicht sinnvoll. Man denke nur an die Fälle, dass ein AR-Mitglied nicht durch den Vorsitzer eingeladen wird, aber anlässlich einer Gesellschaft von der Sitzung erfährt und erscheint, oder der Sitzung nicht wegen mangelnder Ladung, sondern aus irgendeinem anderen Grund fernbleibt, nachdem es nachträglich von der Einladung erfahren hat, oder gar, dass alle Mitglieder trotz mangelhafter Ladung erschienen sind (vgl. § 195 Ziff. 1 AktG für die HV). In diesen Fällen liegt nach der Rechtsprechung die Verletzung einer unverzichtbaren Verfahrensvorschrift vor. Dafür besteht aber kein Bedürfnis, wenn sich das betroffene Mitglied nicht auf den Mangel beruft.
Es ist deshalb davon auszugehen, dass für das Recht des AR eine Unterscheidung in verzichtbare und unverzichtbare Verfahrensverstösse nicht zu machen ist, und dass es daher jedem durch einen Verfahrensverstoss betroffenen Mitglied freisteht, ob es sich auf den Mangel berufen will. Macht das betreffende Mitglied von der Möglichkeit der Berufung auf den Mangel Gebrauch, so kann kein wirksamer AR-Beschluss zustande kommen 1).
Man kann die Frage der Verzichtbarkeit auf Berufungsmängel auch im Hinblick auf die Lehre von der Gleichbehandlung aller AR-Mitglieder betrachten. Sind sich alle oder einzelne Beteiligte, nämlich die Betroffenen, über eine ungleiche Behandlung einig, so besteht kein Grund, die Gleichbehandlung mit Notwendigkeit durchzusetzen 2). Ist etwa aufgrund einer Satzungsbestimmung die Einladung nur per Einschreiben zulässig, so steht es dennoch jedem Mitglied frei, sich mit telefonischer Einladung zu begnügen 3). Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich AR-Mitglieder von vornherein mit der Ungleichbehandlung einverstanden erklären oder ob sie sich nachträglich der Ungleichbehandlung unterwerfen.

III. DIE ZULÄSSIGKEIT DER BERUFUNG AUF DIE NICHTIGKEIT UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES GRUNDSATZES

a) der Verwirkung:
Nach § 196 AktG kann die Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses geheilt werden, so dass eine Berufung auf die Nichtigkeit nicht mehr zulässig ist. Für ganz bestimmte Beschlüsse des AR gibt es eine vergleichbare Bestimmung in

---

1) vgl. BayObLG, OLG R 30, 317 Fn. 1, das anerkennt, dass ohne Berufung der Ausschuss eines Vereins wirksam Beschlüsse fassen kann, wenn alle Ausschussmitglieder, aus welchem Grund auch immer, zusammengekommen sind, und keines der Mitglieder dem Verfahren widerspricht.
2) vgl. G. Hueck, Gleichbehandlung, 250 f, 297; ferner v. Tuhr I, S. 513
3) a. A. offensichtlich Meilicke, S. 82

Gestalt des § 202 II AktG, wonach die Nichtigkeit eines Jahresabschlusses nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn die Bekanntmachung des Jahresabschlusses zum Handelsregister eingereicht ist und seitdem sechs Monate verstrichen sind. Für eine Ausdehnung der Heilung der Nichtigkeit besteht auch für die Beschlüsse des AR ein Bedürfnis, um die unheilvollen Auswirkungen der Nichtigkeit auf den Verkehr zu mildern. Eine Anwendung des § 196 AktG ist wegen seiner speziellen Abstellung auf die Hauptversammlungsbeschlüsse nicht möglich. Da sich im Recht des AR - von § 202 II AktG abgesehen - keine Bestimmungen finden, um die Möglichkeit der dauernden Berufung auf die Nichtigkeit einzuschränken, ist gemäss Art. 2 I EGHGB auf die Bestimmungen des BGB zurückzugreifen. Es bietet sich das Rechtsinstitut der Verwirkung (§ 242 BGB) an, wonach sich die Geltendmachung eines Rechts als Missbrauch darstellt, wenn der Berechtigte solange geschwiegen hat, dass mit einer Geltendmachung nicht mehr gerechnet werden konnte 1). Der Anwendungsbereich der Verwirkung liegt insbesondere da, wo der Berufung auf die Nichtigkeit keine zeitlichen Grenzen gesetzt sind 2). Die Verwirkung ist nicht auf die vertraglichen Rechte beschränkt, sie findet insbesondere im Bereich der gesellschaftsrechtlichen Beschlüsse Anwendung 3). In welchem Zeitpunkt das Recht der Berufung auf die Nichtigkeit verwirkt ist, hängt vom Einzelfall ab. Der erste zulässige Zeitpunkt kann schon kurz nach Kenntniserlangung des Berechtigten von dem Recht liegen 4). Für den Eintritt der Verwirkung bei fehlerhaften AR-Beschlüssen ist einerseits zu berücksichtigen, dass der AR für die Gesellschaft ausserordentlich wichtige Beschlüsse fasst, über deren Wirksamkeit so schnell wie möglich Klarheit unter den Beteiligten bestehen muss. Andererseits muss jedem Mitglied, das sich auf Nichtigkeit des Beschlusses berufen könnte, ausreichend Zeit verbleiben, um alle für und gegen eine Berufung auf die Nichtigkeit sprechenden Gründe erwägen zu können.
Demnach ist jeder Verfahrensmangel ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 I, S. 1 BGB) nach Kenntnis der Umstände geltend zu machen, anderenfalls tritt Verwirkung des Rechts auf Berufung ein 5).

b) der Treuepflichten der AR-Mitglieder:
Ist es mit Hilfe des Grundsatzes der Verwirkung möglich, einer in illoyaler Weise verzögerten Berufung auf die Nichtigkeit durch AR-Mitglieder entgegenzutreten, so sind ausserhalb des Anwendungsbereiches der Verwirkung Fälle denkbar, bei denen sich AR-Mitglieder nur unter Verstoss auf besondere Treuepflichten auf die

---

1) vgl. Palandt-Danckelmann, § 242, 9
2) Krause, S. 72, Scholz, § 45, 14
3) vgl. die Literaturangaben bei Staudinger-Weber, § 242, D 633
4) Staudinger-Weber, § 242, D 610
5) Meilicke wendet den Grundsatz der Verwirkung auf AR-Beschlüsse nur bei Verletzung nachgiebiger Gesetzes- oder Satzungsvorschriften an, Meilicke aaO, S. 78 f, ohne diese einengende Auffassung zu begründen.

Nichtigkeit berufen. Als Beispiel sei angeführt, dass ein Mitglied des AR nicht rechtzeitig geladen wurde und mit Rücksicht darauf zur Sitzung nicht erscheint. Wird nun trotz der mangelhaften Berufung der Sitzung ein Beschluss gefasst, so liegt es jetzt an dem nicht geladenen Mitglied, sich auf den Verfahrensverstoss zu berufen. Dieses Recht wird man ihm aber nur zubilligen können, wenn es sich zu dem Gegenstand der Beschlussfassung anders zu entscheiden beabsichtigt als die Mehrheit gemäss dem Beschlussergebnis. Eine Berufung auf den Verfahrensverstoss hat der Betroffene deshalb dann zu unterlassen, wenn ihm nicht an einer Änderung des Beschlussergebnisses gelegen ist. Es handelt sich hierbei um den prozessrechtlichen Gedanken des Rechtsschutzbedürfnisses 1). Liegt ein gesellschaftliches Interesse an der Geltendmachung des Mangels nicht vor, und das ist stets dann zu verneinen, wenn sich ein Mitglied auf einen Mangel beruft, ohne am Ergebnis der Beschlussfassung etwas ändern zu wollen, so verstösst das AR-Mitglied gegen seine Treuepflichten 2), wenn es sich dennoch auf den Mangel beruft 3).

F. FEHLERHAFTE BESCHLÜSSE DES AR IM ZUSAMMENHANG MIT § 15 MitbestErgG

Die Bedeutung des MitbestErgG ist hinsichtlich der Zahl der diesem Gesetz unterliegenden Gesellschaften gering, nachdem während der letzten Jahre zahlreiche Gesellschaften durch Umwandlung von Tochtergesellschaften auf die Muttergesellschaft die Zuständigkeit des MitbestG begründet haben 4). § 15 MitbestErgG ist jedoch auch auf alle dem MitbestG unterliegenden Gesellschaften anzuwenden und hat daher grosse praktische Bedeutung.

---

1) Das OLG Stuttgart hat in einer nicht veröffentlichten Entscheidung vom 9.12.54 (Leitsatz in MDR 55, 173) ausgeführt, dass eine Berufung auf eine Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig ist, wenn neue Beschlüsse anstelle der fehlerhaften früheren gefasst worden sind (S.10); vgl. dazu auch BGH 21, 354, 356.

2) Dass auch AR-Mitglieder besondere Treuepflichten haben, ist heute, besonders im Zusammenhang mit der Beteiligung von Arbeitnehmervertretern am AR, anerkannt: vgl. allg. Hueck, Treuegedanke, S.13 ff, Hueck, oHG, S.121; für den AR Staudinger-Weber, § 242, A 243, 252; Baumbach-Hueck, § 95, 1 B; Ritter, § 95, 2 ee

3) vgl. RG 146, 395 = JW 35, 1550

4) Dem MitbestErgG unterliegen nur noch die: Rhein. Stahlwk. AG Essen, Gelsenkirchener-Bergwerks-AG, Essen und der Salzgitter-Konzern

I. AUSNAHME DES GRUNDSATZES DER ALLEINGESCHÄFTSFÜHRUNGSBEFUGNIS DES VORSTANDES

Nach § 95 V S.1 AktG obliegen Massnahmen der Geschäftsführung allein dem Vorstand, dem AR können sie nicht übertragen werden. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes ist nach aussen nicht wirksam (§ 74 II AktG). Sie kann aber in gesetzlichen Bestimmungen enthalten sein, wie im Fall der Nachgründung (§ 45 II), beim Verzicht auf Ersatzansprüche gegen die Gründer (§ 43), ferner bei einem Verzicht nach § 124 AktG. Auch § 15 MitbestErgG stellt einen Fall gesetzlicher Beschränkung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Vorstandes dar; nach § 15 kann der Vorstand Massnahmen im Zusammenhang mit der Ausübung von Beteiligungsrechten nur ausüben, wenn ein Beschluss der Mehrheit der Aktionärsvertreter des AR vorliegt. Zweck des § 15 MitbestErgG ist die Vermeidung der "Potenzierung" des Arbeitnehmereinflusses, d.h. dass bei Konzernverhältnissen der Einfluss der Mitbestimmungsfaktoren auf dem Umweg über den AR und Vorstand herrschender Unternehmen in die Gesellschafterversammlung eines abhängigen Unternehmens nicht eindringen darf 1). Die Besonderheit des § 15 im Vergleich zu den obengenannten Fällen besteht darin, dass die Massnahme nicht den Aktionären zugewiesen wird, sondern dem AR.

Nach § 15 MitbestErgG kann der Vorstand die AG im Aussenverhältnis bei Beschlussfassungen in abhängigen Unternehmen nur wirksam vertreten, wenn der AR den Vorstand entsprechend angewiesen hat 2). Das bedeutet, dass § 15 nicht nur eine Durchbrechung der alleinigen Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes darstellt, sondern auch der Vertretungsbefugnis 3). Diese Auffassung findet in den genannten Fällen einer gesetzlichen Beschränkung der Vertretungsmacht ihre Stütze, da diese Beschränkungen gegen jedermann wirken und eine Übertretung deshalb das Geschäft auch nach aussen unwirksam macht 4).

II. TEILNAHMEBERECHTIGUNG BEI BESCHLUSSFASSUNGEN NACH § 15

Nach § 15 I MitbestErgG bedarf die Ausübung von Beteiligungsrechten in abhängigen Unternehmen hinsichtlich der im Gesetz genannten Fälle eines AR-Beschlusses, der mit der Mehrheit der Stimmen der Aktionärsvertreter zustande

---

1) Kötter, MitbestErgG, § 15, 1; Boldt, MitbestErgG, § 15, 1
2) Schmidt in GrosskommAktG, § 95, 21; Kötter, MitbestErgG, § 15, 6; Boldt, MitbestErgG, § 15, 3 b; Fitting, BABl 56, 499, 509
3) Kötter, MitbestErgG, § 15, 6; Boldt, MitbestErgG, § 15, 3 b; Fitting, BABl 56, 509; a.A. Nipperdey in Hueck-Nipperdey, II, S.916, N.118; Kunze, ArbuR 56, 261
4) Baumbach-Hueck, § 74, 3 A

kommt. Gegenstand dieser AR-Beschlüsse ist die Erteilung ganz bestimmter Weisungen 1) an den Vorstand, wenn dieser zur Ausübung von Beteiligungsrechten in der Gesellschafterversammlung eines abhängigen Unternehmens die Stimmen der Obergesellschaft abgibt. Es handelt sich dabei um ganz ausserordentlich wichtige AR-Beschlüsse, wie die Bestellung, den Widerruf der Bestellung und die Entlastung der Verwaltungsträger sowie die Entscheidung über das Fortbestehen und gegebenenfalls die Form des Fortbestehens des abhängigen Unternehmens. Für eine Untersuchung der formellen Voraussetzungen eines Beschlusses nach § 15 MitbestErgG ist es wichtig, sich den Unterschied eines AR-Beschlusses nach § 95 V S.2 AktG (Zustimmung) und nach § 15 (Weisung) vor Augen zu halten.

Aus dem Gesetz geht hervor, dass für Beschlüsse nach § 15 einfache Mehrheit ausreichend ist, und dass ein Stimmrecht nur den Vertretern der Anteilseigner zusteht. Nicht ersichtlich ist, ob die Arbeitnehmervertreter und das sogenannte neutrale Mitglied von der Teilnahme an der Sitzung ausgeschlossen sind, ferner, ob § 15 eine spezifische Beschlussfähigkeit im Verhältnis zu § 89 I AktG beinhaltet und schliesslich, ob die notwendige Mehrheit nach der Zahl der vorgeschriebenen oder der vorhandenen oder der an der Beschlussfassung teilnehmenden oder der abstimmenden AR-Mitglieder berechnet wird.

Wenn das Gesetz die Beschlussfassung der Mehrheit der Anteilseignervertreter überlässt, so folgt daraus, dass die Arbeitnehmervertreter nicht in der Lage sein sollen, einen Beschluss des AR zu verhindern. Die Anwesenheit der Arbeitnehmervertreter ist also keine Voraussetzung für die Beschlussfähigkeit nach § 15 2).

Das Gesetz spricht denjenigen AR-Mitgliedern, die nicht Anteilseignervertreter sind, die Befugnis zur Stimmabgabe nicht ausdrücklich ab, sondern sagt nur, dass ihre Stimme keinen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis hat. Es kommt also nur darauf an, wofür sich die Mehrheit der Anteilseignervertreter einsetzt 3). Daraus folgt, dass die Nicht-Anteilseignervertreter kein Stimmrecht haben, wohl aber ein Recht auf Teilnahme an der Sitzung und auch an der Beratung 4). Demnach sind bei der Einberufung der Sitzung die Förmlichkeiten für alle AR-Mitglieder zu beachten 5).

---

1) vgl. Kötter, MitbestErgG, § 15, 8, 9, der den Unterschied zu den gewöhnlichen Zustimmungsbeschlüssen des AR, bei denen es nur um die Billigung von Massnahmen geht, besonders herausstellt.

2) Kötter, MitbestErgG, § 15, 9

3) Gessler, BB 56, 631

4) Kötter, MitbestErgG, § 15, 9; wohl auch Boldt, MitbestErgG, § 15, 8

5) Kötter, aaO

III. DIE BESCHLUSSFÄHIGKEIT NACH § 15 MitbestErgG

Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Beschlussfähigkeit von einer Teilnahme aller Stimmberechtigten hätte abhängig machen wollen. Dann könnte nämlich jedes einzelne Mitglied der Anteilseignervertreter eine Beschlussfassung durch Nichterscheinen vereiteln 1). Andererseits wird es nicht der gesetzgeberischen Absicht entsprechen, dass ein einzelnes Mitglied einen wirksamen Weisungsbeschluss fassen kann. Dies müsste man aber annehmen, wollte man auf die Beschlüsse nach § 15 die Regelung des § 89 AktG über die Beschlussfähigkeit unverändert übernehmen, denn nach § 89 I S. 2 AktG wäre der AR auch beschlussfähig, wenn nur ein Anteilseignervertreter an der Beschlussfassung teilnimmt.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber durch die Regelung von § 15 so wenig wie möglich an der inneren Ordnung des AR ändern wollte. Man wird daher für die Feststellung der Beschlussfähigkeit die Regelung der §§ 89, I, S. 2, 10, 11 MitbestG auf die nach § 15 zur Abstimmung berechtigten Mitglieder übertragen müssen, das heisst, dass ein wirksamer Beschluss gefasst werden kann, wenn mindestens die Hälfte der Stimmberechtigten an der Abstimmung teilnimmt 2).

IV. MEHRHEITSERFORDERNISSE

Auch bei der Feststellung der notwendigen Mehrheit nach § 15 ist davon auszugehen, dass dem Einzelnen eine Vereitelung der Beschlussfassung nicht möglich sein darf. Würde man daher für das Abstimmungsergebnis eine Mehrheit der vorgeschriebenen Vertreter der Anteilseignerseite fordern, so hätte bei einer Mindestbeteiligung an der Sitzung jedes Mitglied die Möglichkeit, eine Beschlussfassung zu verhindern 3). Die Gefahr eines Vereitelns der Beschlussfassung durch einen Einzelnen bestünde auch dann, wenn man, wie Boldt 4), eine Mehrheit der bestellten Mitglieder für ausschlaggebend hält; denn sind bei einem 15-köpfigen AR von den Anteilseignern nur 4 Vertreter bestellt worden, so ist der AR beschlussfähig, auch bezüglich § 15 MitbestErgG. Zu einem Beschluss wären drei Stimmen erforderlich. Schon bei Nichterscheinen nur eines Mitgliedes könnte jeder der Anwesenden einen Beschluss vereiteln, da zur Wirksamkeit der Beschlüsse Einstimmigkeit erforderlich wäre. Kötter 5) und Gessler 6) sind daher der Auffassung, dass der Besonderheit des Gegenstandes der Beschlussfassung nur ein mit der Mehrheit der

---

1) Kötter, MitbestErgG, § 15, 9 a
2) vgl. Kötter, MitbestErgG, § 15, 9 a
3) a.A. Fitting, BABl 56, 509, Nr. 39, der eine Mehrheit der vorgeschriebenen Vertreter der Anteilseigner voraussetzt
4) Boldt, MitbestErgG, § 15, 3 b
5) Kötter, MitbestErgG, § 15, 9 b
6) Gessler, BB 56, 63

stimmberechtigten teilnehmenden AR-Mitglieder zustande gekommener Beschluss gerecht wird. Eine Mehrheit der abgegebenen Stimmen stellt dazu nur insofern einen Unterschied dar, als bei der Mehrheit der abgegebenen Stimmen die Stimmenthaltungen nicht mitgerechnet werden. Da aber der Beschluss nach § 15 MitbestErgG eine bestimmte Weisung enthalten muss, darf es dem Sinn der Vorschrift entsprechend gar keine Stimmenthaltungen geben 1) und es genügt daher, von der Mehrheit der Teilnehmer auszugehen.

Diese Auffassung entspricht hinsichtlich der Regelung der Beschlussfähigkeit und der Mehrheitserfordernisse den praktischen Bedürfnissen einer Beschlussfassung nach § 15, da das einzelne Mitglied keine alleinige Entscheidungsbefugnis hat.

G. MATERIELLE FEHLER

Ein AR-Beschluss ist seinem Inhalt nach fehlerhaft, wenn dieser gegen zwingende Gesetzes- oder Satzungsvorschriften verstösst 2). Insbesondere kann der AR nicht durch Beschluss die gesetzlich festgelegten Kompetenzen der Organe der AG überschreiten. Das wäre denkbar, indem sich der AR ihm nicht zustehende Kompetenzen anmasst, etwa durch Ergreifen von Massnahmen der Geschäftsführung, oder indem er Kompetenzen überträgt, die ihm in alleiniger Zuständigkeit zur Wahrnehmung zustehen.

I. DER UMFANG DER ZUWEISUNG VON AUFGABEN AN EINEN AR-AUSSCHUSS

Bei der Kontroverse über den zulässigen Umfang der Zuweisung von Aufgaben an einen Ausschuss treten drei Begriffe immer wieder auf, nämlich die Überweisung vorbereitender und ausführender Tätigkeiten, die Überweisung von Entscheidungsbefugnissen und schliesslich von Mindestbefugnissen.
Ganz gewiss kann der AR zur Vorbereitung oder der Überwachung der Ausführung einem Ausschuss Aufgaben zuweisen (§ 92 IV AktG). Zweifelhaft und streitig ist, ob der AR darüber hinaus einem Ausschuss Aufgaben zuweisen kann. Verletzt der AR durch den Inhalt des Zuweisungsbeschlusses die gesetzlichen oder satzungsmässigen Schranken, so ist der Beschluss nichtig. Die Fassung des § 92 IV AktG gibt zu Zweifeln über den Umfang einer möglichen Zuweisung von Aufgaben deshalb Anlass, weil nach dem Gesetzeswortlaut Ausschüsse "namentlich zu dem Zweck, Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten und die Ausführung der Be-

---

1) Kötter, MitbestErgG, § 15, 9 b

2) Meilicke, S. 95 f.; Hueck, Anfechtung, S. 63, 70 für Hauptversammlungsbeschlüsse.

schlüsse zu überwachen", gebildet werden können. Der Übersichtlichkeit halber sei vorweggenommen, dass in der Lehre sowohl vertreten wird, dass alle Aufgaben einem Ausschuss überwiesen werden können 1) als auch, dass ein Ausschuss nur vorbereitend und beratend tätig werden könne 2).

1. Die Auffassung von Ritter und von v.Godin-Wilhelmi

Ritter und von Godin-Wilhelmi 3) halten eine unbeschränkte Überweisung für zulässig, da durch die Überweisung keine echte Übertragung vorgenommen würde, und sich somit an der Zuständigkeit des Gesamtaufsichtsrates gar nichts ändere. Dagegen spricht, dass das Gesetz genaue Bestimmungen über die zahlenmässige Zusammensetzung des AR enthält (vgl. §§ 86, AktG, 4 MitbestG, 5 MitbestErgG), die hinfällig wären, wenn alle Aufgaben und Befugnisse einem Ausschuss überwiesen werden könnten.

2. Die Auffassung von Meilicke

Meilicke 4) begründet seine Auffassung mit dem Wortlaut des Gesetzes und dem allgemeinen Sprachgebrauch, da es Kennzeichen von Ausschüssen sei, dass sie nur vorbereitend, unterstützend und beratend tätig würden. Die Hervorhebung in § 92 IV "namentlich" und der Hinweise "seine", nämlich des AR Beschlüsse, deuten nach Meilicke nur auf die Hilfsaufgaben des Ausschusses hin, nicht aber auf eine Vertretung oder gar eine Ersetzung in entscheidenden Befugnissen des AR.

3. Die herrschende Ansicht

Die allgemeine Meinung hat sich im Anschluss an die Amtliche Begründung zu § 92 IV entwickelt, worin ausgeführt wird, dass es grundsätzlich zulässig sein wird, den Ausschüssen neben der rein vorbereitenden und ausführenden Tätigkeit auch entscheidende Befugnisse zu übertragen. Die entscheidenden Befugnisse machen die eigentliche Schwierigkeit bei der Frage nach dem Umfang der Zuweisung an einen Ausschuss aus. Dabei geht es nicht um die gesetzlichen und die satzungsmässigen entscheidenden Befugnisse; denn die satzungsmässigen Befugnisse hätten aufgrund der Satzungsbestimmung von vornherein einem Ausschuss zur Entscheidung überlassen werden können. Das Recht, in der Satzung die Bildung und Zuständigkeitsregelung von Ausschüssen vorzusehen, ist nach herrschender Auffassung anerkannt 5), falls dadurch nicht gesetzliche Befugnisse des AR berührt werden 6).

---

1) Ritter, § 92, 6; von Godin-Wilhelmi, § 92, 7, S.413
2) Meilicke, S.107; Samson, AG 57, 73
3) aaO
4) aaO, S.107
5) Baumbach-Hueck, § 92, 5 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 24, 28; Ritter, § 92, 6; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 40; a.A. von Godin-Wilhelmi, § 92, 7, S.411
6) vgl. oben D VII

Man wird deshalb alle satzungsmässigen entscheidenden Befugnisse einem Ausschuss zuweisen können 1), es sei denn, dass die Satzung klar erkennen lässt, dass die Befugnisse durch den Gesamtaufsichtsrat ausgeführt werden sollen. Die Zustimmung zur Übertragung von Namensaktien (§ 61, III, S. 1, 2 AktG), die Zustimmung zu bestimmten Arten von Geschäften (§ 95 V, S. 2) oder die Änderung der Fassung der Satzung (§ 145, I, S. 2) wird man daher einem Ausschuss übertragen können.

Die Zuweisung satzungsmässiger Befugnisse des AR an einen Ausschuss kann die Satzung auch verbieten 2) oder sie kann auch für diese Fälle Ausschussbildung vorschreiben 3), da durch solche Bestimmungen an der Kompetenz des AR nichts geändert wird.

Es bleibt daher zu untersuchen, inwieweit die gesetzlichen Entscheidungsbefugnisse einem Ausschuss zugewiesen werden können. Hinsichtlich dieser kann die Satzung kein Verbot oder Gebot der Bildung von Ausschüssen vorschreiben, da für die gesetzlichen Befugnisse § 92 IV AktG gilt, wonach der AR Ausschüsse bestellen kann. Dieser Bestimmung darf eine Satzungsvorschrift nicht widersprechen 4).

Im Anschluss an eine Entscheidung des RG 5) wird die Meinung vertreten, dass mit Ausnahme der handelsgesetzlichen Mindestbefugnisse alle Aufgaben einem Ausschuss überwiesen werden können 6).

Was nun aber die handelsgesetzlichen Mindestbefugnisse sind, ist wiederum lebhaft umstritten; denn die Entscheidung des RG stammt aus dem Jahre 1924, erging also zur Zeit der Geltung des Handelsgesetzbuches vom 10.5.1897, in dessen zweitem Buch in den Abschnitten 3 und 4 das Aktienrecht bis zum 30.9.1937 geregelt war. Daraus würden sich keine Schwierigkeiten ergeben, wenn sich an den in Frage stehenden, die sogenannten Mindestbefugnisse betreffenden Bestimmungen nichts geändert hätte. Die Befugnisse des AR sind aber im Aktiengesetz von 1937 vermehrt worden. Aus der Entscheidung des RG 7) ergibt sich, dass unter den

1) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 26; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 40; Frels, Überweisung, S. 80; Meilicke, S. 107 f.
2) Baumbach-Hueck, § 92, 5 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 24; von Godin-Wilhelmi § 92, 6, S. 411; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 40; v. Winterfeld, ArbuR, 54, 226; a. A. Ritter, § 92, 6
3) Baumbach-Hueck, § 92, 5 A; Schmidt in GrosskommAktG § 92, 24; Schlegelberger-Quassowski § 92, 39; Frels, Überweisung, S. 72; a. A. v. Godin-Wilhelmi § 92, 6, S. 411
4) Frels, Überweisung S. 69
5) RG JW 1924, 1144
6) OLG Dresden, JFG, 1, 227; Schmidt, Umgestaltung S. 76; Gessler, JW 37, 502; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 41; Teichmann-Koehler, § 92, 4; v. Winterfeld ArbuR 54, 226; Kötter, MitbestG § 2, 7 c; Baumbach-Hueck, § 92, 5 B
7) aaO

handelsrechtlichen Mindestbefugnissen die Befugnisse des AR in § 246 HGB zu verstehen sind. Das waren nach dem damaligen Recht die dem AR gesetzlich zugewiesenen Aufgaben, nämlich die Überwachung der Geschäftsführung mit dem Recht der Einberufung einer Hauptversammlung und die Prüfung des Jahresabschlusses sowie des Vorschlages zur Gewinnverteilung. Die Kompetenz zur Bestellung des Vorstandes richtete sich gemäss § 182 I, Ziff.4 HGB nach der Satzung, während nach heutigem Recht zwingend der AR zur Vorstandsbestellung zuständig ist (§ 75 I, S.1). Ebenso verhält es sich mit den Zuständigkeiten nach § 78 II, (Herabsetzung der Vorstandsbezüge bei wesentlicher Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft) und nach § 80 I (Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder). Wegen der gesetzlichen Zuständigkeitserweiterung des AR gegenüber seinen gesetzlichen Befugnissen vor 1937 wird die Auffassung vertreten, dass die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern und die Feststellung der Vorstandsverträge sowie die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder als gesetzliche Mindestbefugnisse nicht einem Ausschuss überwiesen werden können 1). Diese Auffassung kann aus praktischen Gründen nicht überzeugen. Die Bildung der Ausschüsse hat ihren Zweck neben der vorbereitenden und ausführenden Tätigkeit darin, dass das Gesamtorgan infolge seiner Grösse zur Bewältigung mancher Aufgaben zu schwerfällig und oft auch ungeeignet ist. Man denke nur an die Beratung von Investitions- und Finanzierungsfragen, an die Bestellung eines Vorstandsmitgliedes mit der Ausarbeitung des Anstellungsvertrages oder auch an die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder. Das sind Aufgaben, die sich, wenigstens unter Umständen, zu einer Erörterung in einem grossen AR ganz und gar nicht eignen 2), auch dann nicht, wenn die Fragen durch einen Ausschuss vorbereitet wurden. Daher ist daran festzuhalten, dass ausser den Befugnissen des § 246 HGB alle AR-Aufgaben einem Ausschuss zugewiesen werden können. Zu diesen nicht zuweisbaren, das Wesen eines AR ausmachenden Befugnissen 3) gehören die Überwachung der Geschäftsführung (§ 95 I), die Einberufung einer Hauptversammlung (§ 95 IV), die Prüfung und Billigung des Jahresabschlusses, des Vorschlags über die Gewinnverteilung und des Geschäftsberichtes (§§ 96, 125, II, III) 4).

Schmidt 5) stellt ferner heraus, dass einem Ausschuss solche Befugnisse nicht über-

---

1) Meilicke, S.106, Frels, Überweisung, S.84

2) Bei den Grossbanken bestehen die Aufsichtsräte aus 48, bei den grossen Montangesellschaften aus 21 Mitgliedern.

3) Staub-Pinner, § 246, 12; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 41; Baumbach-Hueck, § 92, 5 B

4) so die herrsch. Ansicht Baumbach-Hueck, § 92, 5 B; Schmidt in Grosskomm-AktG, § 95, 4, 16; § 92, 26; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 41; § 95, 23; § 96, 6, 15; Teichmann-Koehler, § 92, 4; Gessler, JW 37, 502; Schmidt, Umgestaltung, S.76

5) Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 26

tragen werden können, die den Gesamtaufsichtsrat betreffen. Er führt als Beispiele die Wahl des Vorsitzers und seines Stellvertreters an, die Aufstellung einer Geschäftsordnung und die Bildung von Ausschüssen. Dem ist zuzustimmen,denn es handelt sich dabei um Regelung der eigenen inneren Ordnung des AR und damit um Aufgaben, deren Erfüllung Voraussetzung für das Tätigwerden des AR ist 1).

II. DIE BESCHRÄNKUNG DES VORSTANDES IN DER GESCHÄFTSFÜHRUNG

1. Aus § 95 V i.V.m. § 70 I ergibt sich die alleinige Zuständigkeit des Vorstandes für Massnahmen der Geschäftsführung. Trotz dieser zwingenden Regelung gibt es viele Abhängigkeits- und Weisungsverhältnisse zwischen dem AR und Vorstand, die die Funktionstrennung zwischen beiden Organen vermischen 2). Besonders Würdinger 3) weist darauf hin, dass es ganz vom Einzelfall abhängt, welche tatsächliche Stellung die Organe der AG haben. Sie richtet sich regelmässig danach, ob die Gesellschaft Grossaktionäre hat 4) oder ob sie als Publikumsgesellschaft keinem beherrschenden Einfluss Einzelner unterliegt.
Die rechtliche Stellung des AR, seine ihm zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse werden durch faktische Rechtsverlagerungen allerdings nicht berührt 5). Eine Untersuchung der Beschränkbarkeit der Geschäftsführung hat daher allein vom gesetzlich vorgesehenen Fall auszugehen.
Nach § 95 V S.1 AktG können Massnahmen der Geschäftsführung dem AR nicht übertragen werden, auch nicht in der Form, dass AR-Mitglieder als Angestellte der Gesellschaft die Geschäftsführung ausüben (§ 90 II, S.1). Nach § 95 V, S.2 ist es jedoch zulässig, bestimmte Arten von Geschäften durch Satzungsbestimmung oder AR-Beschluss an die Zustimmung des AR zu binden. Auch das Gesetz enthält Beispiele für Zustimmungsbeschlüsse des AR. So soll vor Ausnutzung des genehmigten Kapitals die Zustimmung des AR eingeholt werden (§ 169, III, S.2), ferner soll der Vorstand nur mit Zustimmung des AR über die Bedingungen der Aktienausgabe bei der Ausnutzung des genehmigten Kapitals entscheiden (§ 171, I, S.1, 2). Schliesslich beschliesst der AR, wie ausgeführt 6), über die Ausübung von Beteiligungsrechten hinsichtlich der im Gesetz genannten Beschlussfassungen in abhängigen Gesellschaften für den Vorstand verbindlich (§ 15 MitbestErgG), obwohl die Ausübung von Beteiligungsrechten eine Massnahme der Geschäftsführung ist.

---

1) vgl. auch Meilicke S.73
2) Würdinger, S.141; Schmidt in GrosskommAktG § 65, 18
3) aaO
4) Dabei kann es sich um eine einzelne Person, um eine Familie oder um eine Gesellschaft handeln.
5) Würdinger, S.142
6) vgl. oben unter E

2. Ob eine Massnahme der Geschäftsführung zustimmungsbedürftig ist, richtet sich in erster Linie nach der Satzung, und wenn darin keine Bestimmung getroffen wurde, kann der AR über die Zustimmungsbedürftigkeit entscheiden (vgl. § 95 V, S.2). Die Zuständigkeit steht also nicht nebeneinander den beiden Organen Hauptversammlung und AR zu, sondern nur, wenn die Hauptversammlung von ihrer Befugnis keinen Gebrauch macht, ist der AR befugt. Daraus ergibt sich, dass bei erschöpfender Regelung der zustimmungsbedürftigen Geschäfte in der Satzung keine Erweiterungsmöglichkeit durch den AR gegeben ist 1). Aus der Rangordnung der Kompetenzen ergibt sich auch, dass bei Regelung der Zustimmungsbedürftigkeit in der Satzung der AR an diese Bestimmung gebunden ist 2).

3. Aus dem Gesetz ist nicht ersichtlich, ob der AR über jedes einzelne zustimmungsbedürftige Geschäft zu beschliessen hat, oder ob er eine allgemeine Zustimmung erteilen kann. Die Frage wird, falls überhaupt, in der Literatur nicht einheitlich behandelt. Schlegelberger-Quassowski 3) sind offensichtlich der Auffassung, dass die Zustimmung für jedes einzelne Geschäft zu erteilen ist. Schmidt 4) hält Einzelzustimmung nur bei denjenigen Geschäften für erforderlich, deren Zustimmungsbedürftigkeit in der Satzung vorgeschrieben ist, da anderenfalls der Zweck der für den AR verbindlichen Satzungsbestimmung nicht erreicht würde. Ich glaube, man kann, über die Auffassung Schmidts hinausgehend, grundsätzlich eine Allgemeinzustimmung für zulässig erachten, ohne den Zweck der Zustimmungsbedürftigkeit zu vereiteln. Dann muss allerdings die Zustimmung des AR hinsichtlich ihres Umfanges so eingeschränkt sein, dass die Zustimmung nur für eine voraussehbare Anzahl von Fällen Gültigkeit hat. Wird z.B. durch Satzungsbestimmung die Gewährung von Krediten von einer bestimmten Höhe an von der Zustimmung des AR abhängig gemacht, um zwei Organe zur Prüfung zu verpflichten, so wird es zulässig sein, wenn der AR für eine gewisse Zeit, für die die vom einzelnen Kreditnehmer unabhängigen Faktoren überschaubar sind (wie z.B. Lage auf dem Geldmarkt, Liquidität der Bank), die Zustimmung im voraus erteilt.

4. Grenzen der Zustimmungsbedürftigkeit

Nach § 95 V, S.2 können bestimmte Arten von Geschäften an die Zustimmung des AR gebunden werden. An die Fassung des Gesetzes knüpft sich zuerst die Frage, ob es auch zulässig ist, ein einzelnes Geschäft an eine Zustimmung zu binden. Das ist mit der allgemeinen Meinung anzunehmen, denn der Ausdruck des Gesetzes "bestimmte Arten von Geschäften" ist als obere Grenze der Zulässigkeit einer Zustimmungsbedürftigkeit aufzufassen, um die Stellung des Vorstandes nicht zu unter-

---

1) Baumbach-Hueck, § 95, 7 B; a.A. Schmidt in GrosskommAktG § 95, 22; von Godin-Wilhelmi, § 95, 11
2) von Godin-Wilhelmi § 95; 11, Schmidt in GrosskommAktG § 95, 21
3) aaO, § 95, 33
4) aaO, § 95, 21

höhlen. Daher ist es ohne weiteres möglich, für ein einzelnes Geschäft eine Zustimmung vorzusehen 1), da das für den Vorstand den schwächeren Eingriff darstellt 2).

Wann durch den Umfang der zustimmungsbedürftigen Geschäfte die Grenze von §§ 95, V, S. 2, 70 I überschritten wird, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden, da die Natur des Unternehmens und die Grösse von ausschlaggebender Bedeutung sind 3). Es lassen sich deshalb zur Abgrenzung nur ganz allgemeine Regeln aufstellen:

Der Kreis der zustimmungsbedürftigen Geschäfte darf nicht so eng gezogen werden, dass es auf eine Knebelung des Vorstands hinausläuft 4), weil dem Vorstand die eigenverantwortliche Leitung des Unternehmens genommen wird 5). Gewöhnliche Geschäfte dürfen nicht an eine Zustimmung gebunden werden, sondern es muss sich nach herrschender Auffassung um besonders bedeutungsvolle handeln 6); lediglich Ritter 7) ist der Meinung, dass die Stellung des Vorstandes in geringerem Masse beeinträchtigt wird, wenn er nur zu weniger bedeutsamen Geschäften die Zustimmung einholen muss. Für die Praxis dürfte Ritters Auffassung keine Bedeutung haben, da kein AR ein Interesse daran haben wird, sich durch Erteilung von Zustimmungen um die weniger bedeutsamen Geschäfte zu kümmern. Die Beurteilung aller zustimmungsbedürftigen Geschäfte in ihrer Gesamtheit darf nicht ergeben, dass alle bedeutsamen Geschäfte an die Zustimmung des AR gebunden sind 8). Daher wird man Werner 9) nicht beipflichten können, wenn er die Bindung aller betriebsungewöhnlichen Geschäfte an eine Zustimmung für zulässig erachtet, da die Stellung des Vorstandes als des verantwortlichen Leiters des Unternehmens ausgehöhlt würde, wenn alle betriebsungewöhnlichen Geschäfte an eine Zustimmung gebunden würden 10).

Ferner ist es unzulässig, dass der AR allgemeine Richtlinien für die Geschäftsführung erlässt 11), da es schon im Wesen von Richtlinien liegt, dass sie die Regelung gewöhnlicher Vorfälle zum Gegenstand haben.

---

1) Schmidt, Umgestaltung, S. 181; Schlegelberger-Quassowski, § 95, 32; Teichmann-Koehler, § 95, 4; Gessler, JW 37, 498
2) Ritter, Beschränkung, S. 28
3) Möhring-Schwartz, S. 68; Schmidt in GrosskommAktG, § 95, 20
4) Werner, S. 39
5) Baumbach-Hueck, § 95, 7 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 95, 18, 20; Teichmann-Koehler, § 95, 4; Ritter, Beschränkung, S. 28, 66
6) Baumbach-Hueck, § 95, 7 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 95, 20
7) Ritter, Beschränkung, S. 29
8) Schlegelberger-Quassowski, § 95, 32; Ritter, Beschränkung, S. 28
9) Werner, S. 71
10) Schmidt in GrosskommAktG, § 95, 20
11) Ritter, Beschränkung, S. 40, 83

5. Die Geschäftsverteilung unter die Vorstandsmitglieder

Im allgemeinen enthalten die Satzungen der Aktiengesellschaften eine Bestimmung, wonach der AR eine Geschäftsordnung für den Vorstand erlassen kann, worin er die Verteilung der einzelnen Geschäftsbereiche auf die Vorstandsmitglieder festlegt 1). Bei dem Erlass einer Geschäftsordnung handelt es sich um eine Massnahme der verfassungsmässigen Ordnung der AG 2), denn diese ergibt sich aus dem Inbegriff der Regeln, welche das innere Leben der AG, also auch des Vorstandes, darstellen 3). Es finden sich aber auch Satzungen, die keine Bestimmungen über die Geschäftsordnung des Vorstandes enthalten 4). Dann kann es fraglich sein, ob der AR ohne Ermächtigung durch die Satzung ein Recht hat, die Geschäfte unter den Vorstandsmitgliedern zu verteilen, da die Regelung der Verfassung der Gesellschaft grundsätzlich der Satzung obliegt.

Die Vorstandsmitglieder sind befugt und mangels anderweitiger Bestimmung gezwungen, unter sich eine Geschäftsverteilung vorzunehmen. Ein Bedürfnis scheint deshalb zu einer Regelung durch den AR nicht zu bestehen.

Da die Vorstandsmitglieder aber vom AR gewählt werden, und eine sinnvolle Auswahl nur dann möglich ist, wenn feststeht, wie die Aufgaben unter die Vorstandsmitglieder verteilt werden, kann man die Befugnisse des AR zur Aufstellung einer die Geschäftsverteilung regelnden Geschäftsordnung aus § 75 I AktG ableiten 5).

6. Die Machtbefugnisse des AR bei Nichtbeachtung fehlender Zustimmung

Die Einführung der Zustimmungsbedürftigkeit für bestimmte Geschäfte bedeutet nicht, dass der AR hinsichtlich dieser ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand hat 6). Das Institut der Zustimmungsbedürftigkeit wird durch die Verneinung eines Weisungsrechtes des AR nicht gegenstandslos; denn zunächst ist wesentlich, dass der Vorstand nach Ablehnung der Zustimmung die Meinung des AR kennt. Dieser hat dann mehrere Möglichkeiten, die Verweigerung seiner Zustimmung zum Ausdruck zu bringen. Der AR kann das Verhalten des Vorstandes im Prüfungsbericht beanstanden (§ 96 II AktG), unter der Voraussetzung des § 95 IV ist er verpflichtet,

1) z.B. wird der Erlass einer Geschäftsordnung durch den AR in § 5 III Mannesmann, § 10, I Rheinstahl, § 6 I Daimler, vorgesehen.
2) Herold, BankA XXXVIII, 495; Schlegelberger-Quassowski, § 70, 10
3) von Tuhr, I, S.498; Schmidt, Umgestaltung, S.124 f.
4) z.B. die Satzung der Feldmühle
5) Baumbach-Hueck, § 70, 4; Schmidt in GrosskommAktG § 70, 14; Schmidt, Umgestaltung, S.125; Herold, BankA XXXVIII, 495; Ritter, Beschränkung, S.79 f.
6) Baumbach-Hueck, § 95, 7 B; Schmidt in GrosskommAktG, § 95, 13, 23; Schlegelberger-Quassowski, § 95, 4; Boldt, § 15, 3 a MitbestErgG, Kötter, § 15, 8 MitbestErgG; Fitting, BABl 56, 509; a.A. Ritter, § 74, 2 c, die annehmen, dass der Vorstand den Bedenken des AR Rechnung tragen müsse.

eine Hauptversammlung einzuberufen, die über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen beschliessen kann (§§ 84 II, S.1, 122 I), schliesslich kann der AR die Bestellung des Vorstandes unter der Voraussetzung des § 75 III widerrufen. Im allgemeinen wird es allerdings nicht erforderlich sein, dass der AR von den ihm zustehenden Machtbefugnissen Gebrauch macht, da der Vorstand nicht mit einer Neuwahl durch den AR rechnen kann, wenn dieser mit der Geschäftsführung unzufrieden ist.

III. DIE VERTEILUNG DER VERGÜTUNG DES AR UND SEINER BEAUFTRAGTEN DURCH AR-BESCHLUSS

1. Die Zuständigkeit des AR zur Bewilligung der Vergütung an Beauftragte des AR:

In einigen Satzungen finden sich Bestimmungen, wonach durch Beschluss des AR solchen Mitgliedern eine besondere Vergütung bewilligt werden kann, die in ihrer Eigenschaft als AR-Mitglieder eine ausserordentliche Tätigkeit im Interesse der Gesellschaft übernommen haben 1). Ein AR-Beschluss dieses Inhalts verstösst nicht gegen das Gesetz, sei es, dass er auf Grund einer Ermächtigung in der Satzung erlassen wurde oder ohne solche. Denn im § 98 AktG ist lediglich die Vergütung des AR als des Gesamtorgans geregelt. Übernimmt aber ein einzelnes Mitglied auftrags des AR Sonderaufgaben, so steht dieses Mitglied nicht anders da als ein Dritter 2); dass der AR zur Beauftragung Dritter zuständig ist, geht aus dem 2.Halbsatz des § 95 III hervor. Bei der Festsetzung der Vergütung für einen solchen Sonderauftrag handelt es sich daher nicht um die Vergütung des AR, sondern um die eines Dritten, der natürlich auch ein Mitglied des AR sein kann. Die Festsetzung der Vergütung Beauftragter durch AR-Beschluss widerspricht deshalb nicht der Vorschrift des § 98 AktG 3). Diese Regelung entspricht auch allein praktischen Bedürfnissen, denn die Hauptversammlung wäre weder geeignet noch bei der Häufigkeit der Beauftragung Einzelner durch den AR in der Lage, für jeden einzelnen Auftrag eine Vergütung festzusetzen. Bei sogenannten Publikumsgesellschaften, deren Hauptversammlungen von Tausenden von Aktionären besucht werden, würden im übrigen die Kosten der Beschlussfassung die Höhe der Vergütung der Beauftragten vielfach übersteigen.

1) so nach § 5 XI S.3 Brown, Boveri & Cie, § 16, IV, AEG, § 11 II Allianz-Leben, § 12 III Buderus

2) vgl. Baumbach-Hueck, § 98, 1

3) Baumbach-Hueck, § 98, 2 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 98, 18, Schlegelberger-Quassowski, § 98, 9, a.A. Meilicke, S.97, von Godin-Wilhelmi, § 98, 2 b: Meilicke hält schon die Übertragung der Festsetzung der Vergütung an den AR für unzulässig, während von Godin-Wilhelmi eine Festsetzung durch AR-Beschluss für zulässig halten, wenn eine entsprechende Satzungsermächtigung vorliegt.

2. Grundsätzliche Gleichbehandlung aller AR-Mitglieder bei der Verteilung der Vergütung

Nach vielen Satzungen wird dem AR neben oder auch ohne Festlegung einer festen Vergütung eine gewinnabhängige Vergütung bewilligt. Zur Verteilung unter die einzelnen Mitglieder wird der AR ermächtigt 1). Die Vergütung ist dann nach § 420 BGB unter alle Mitglieder des AR gleichmässig zu verteilen 2). Dabei wird es jedoch zulässig sein, dass der AR für den AR-Vorsitzer 3) und wohl auch für den Stellvertreter eine höhere Vergütung als für die anderen Mitglieder festlegt. Im übrigen sind, falls im Anstellungsvertrag keine Besonderheiten vereinbart wurden 4), alle Mitglieder bei der Verteilung gleichmässig zu berücksichtigen. Der AR kann durch einstimmigen Beschluss auch jede andere Verteilung vornehmen, da dann jedes einzelne Mitglied auf die ihm zustehende Gleichbehandlung verzichtet 5). Unzulässig ist jedoch eine Ungleichbehandlung durch Mehrheitsbeschluss, da dann durch eine Majorität die Rechte Einzelner verletzt werden. Eine grundsätzliche Schlechterstellung einzelner Gruppen, z.B. der Arbeitnehmervertreter, ist nicht zulässig 6).

IV. DIE BEACHTUNG DES GRUNDSATZES DER GLEICHBEHANDLUNG DER AKTIONÄRE UND DER AR-MITGLIEDER

1. Bei der Inanspruchnahme des genehmigten Kapitals

Der AR darf durch einen Beschluss nicht die grundsätzliche Gleichstellung der Aktionäre verletzen. Die Möglichkeit einer Verletzung kann sich besonders im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung ergeben 7). Da bei einzelnen Massnahmen im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen die Mitwirkung des AR vorgesehen ist,

---

1) So nach § 15 VII S.3 Degussa, § 10 II S.2 Bayer, § 13 I Daimler.
2) RG 75, 308 f; KG in OLG 22,2; OLG Dresden in OLG 24, 141; Baumbach-Hueck, § 98, 2 C; Schmidt in GrosskommAktG, § 98, 13
3) OLG Dresden in OLG 22, 2; Baumbach-Hueck § 98, 2 C, Schmidt in GrosskommAktG § 98, 13; Schlegelberger-Quassowski § 98, 21
4) Staub-Pinner, § 254, 4; von Godin-Wilhelmi, § 98, 3; Schlegelberger-Quassowski, § 98, 11
5) vgl. Götz Hueck, Gleichbehandlung S.250 ff; von Tuhr I, S.513 f.; OLG Dresden in OLG 22,2
6) Baumbach-Hueck, § 98, 2 C, Hueck, DB 52, 782, Schmidt, Gutachten, S.1, ders. in GrosskommAktG § 86, 4 d, Meilicke, S.99, Nipperdey in Hueck-Nipperdey II, S.897, Dietz, § 76, 11, Fitting-Kraegeloh § 76, 126, Galperin-Siebert, § 76, 44, 46
7) vgl. BGH 21, 354, 357 f., Götz Hueck, Gleichbehandlung, S.341 f, Meilicke, S.98

muss die Gleichstellung der Aktionäre auch vom AR beachtet werden.
Nach § 169 III S. 2 soll der Vorstand vor der Inanspruchnahme des genehmigten Kapitals die Zustimmung des AR einholen, ebenfalls bei der Festlegung der näheren Bedingungen der Aktienausgabe (§ 171 I S. 2). In diesen Fällen ist der Vorstand verpflichtet, die Aktionäre gleichmässig zu behandeln 1), und der AR darf nicht seine Zustimmung zu einem Vorstandsvorschlag erteilen, der eine Ungleichbehandlung der Aktionäre vorsehen würde, ohne dass die Benachteiligten damit einverstanden wären 2). Eine Ungleichbehandlung kann nur unter ganz besonderen Umständen sachlich gerechtfertigt sein, eine willkürliche Massnahme ist jedoch stets unzulässig 3).

2. Das Verbot der Begründung von Sonderrechten
Innerhalb des AR haben alle Mitglieder die gleiche Stellung ohne Rücksicht darauf, ob sie Vertreter der Anteilseigner, entsandte Mitglieder oder aber Arbeitnehmervertreter sind. Es ist unzulässig, zugunsten Einzelner ein Sonderrecht zu begründen, etwa dem Entsendungsberechtigten gegenüber in der Weise, dass der Entsandte einem bestimmten Ausschuss angehören soll 4). Umgekehrt verstösst der grundsätzliche Ausschluss bestimmter Gruppen oder Vertreter, etwa der Arbeitnehmervertreter, von der Berücksichtigung bei der Ausschussbildung gegen die Gleichstellung jedes Mitgliedes des AR 5).

V. EINZELFÄLLE

1. Keine Entscheidungszuständigkeit des AR bei Meinungsverschiedenheiten des Vorstandes
Der AR darf die Kompetenzverteilung des Gesetzes nicht dadurch verletzen, dass er bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand die Entscheidung an sich zieht, auch dann nicht, wenn er auf Grund einer Satzungsbestimmung zur Beschlussfassung bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand ermächtigt ist 6). Durch einen AR-Beschluss dieses Inhalts würde das Prinzip der alleinigen Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands durchbrochen.

2. Die Bindung des AR an die Satzung im Zusammenhang mit der Bildung und Beauftragung von Ausschüssen
Der AR darf nicht gegen die von der Satzung vorgenommene Kompetenzverteilung

---

1) vgl. Götz Hueck, Gleichbehandlung, S. 339 f.
2) von Tuhr I, 513; Götz Hueck, Gleichbehandlung, S. 340
3) Götz Hueck, Gleichbehandlung S. 340; BGH 33, 175, 187
4) Baumbach-Hueck, § 92, 5 A; Schmidt in GrosskommAktG, § 92, 23
5) vgl. oben unter D VII 1.
6) LG Berlin in DR 1939, 1455; Schmidt in GrosskommAktG § 95, 18

verstossen, es sei denn, die Satzung widerspreche zwingendem Recht. So kann der AR zwar jederzeit eine Aufgabe, die einem Ausschuss kraft AR-Beschlusses zugewiesen wurde, wieder an sich ziehen und über den Ausschuss hinweg entscheiden 1). Wird aber durch Satzungsbestimmung die Ausschussbildung vorgeschrieben, und sind in der Satzung die dem Ausschuss zuzuweisenden Aufgaben festgelegt, so stehen weder Ausschussbildung noch Überweisung der Aufgaben im Ermessen des AR, weil die Satzungsbestimmung übergeordnet ist. Der AR kann in diesem Fall weder den Ausschuss beseitigen noch einen Beschluss über einen dem Ausschuss zugewiesenen Gegenstand über den Ausschuss hinweg fassen 2). Der AR kann ferner nicht über Aufgaben und Befugnisse Beschlüsse fassen, die dem AR zusätzlich zu seinen gesetzlichen Aufgaben überwiesen worden sind, aber mit der Massgabe, dass sie nicht durch den Gesamtaufsichtsrat, sondern durch einen Ausschuss erledigt werden 3).

H. ZUSAMMENFASSUNG

Während der Beratung der grossen Aktienrechtsreform stellt sich die Frage, ob im AktG auch für die Beschlüsse des AR ausführliche Vorschriften geschaffen werden sollten 4), nachdem der Gesetzgeber in das Aktiengesetz von 1937 eine ausführliche Regelung für Hauptversammlungsbeschlüsse aufgenommen hat. Vom praktischen Bedürfnis her ist diese Frage m.E. zu verneinen 5), da die Fehlerhaftigkeit eines AR-Beschlusses nur selten Gegenstand eines Rechtsstreites war. Die gesetzlichen Bestimmungen haben sich trotz ihrer Lückenhaftigkeit bewährt. Zudem wird ein Organ wie der AR am besten seine Aufgaben erfüllen können, wenn seine Tätigkeit hinsichtlich des zu beachtenden Verfahrens durch möglichst wenige Vorschriften beengt wird. AR-Mitglieder sind, schon auf Grund ihrer Aufgaben und Befugnisse, im allgemeinen derart qualifiziert, dass man ihrer eigenen Entscheidung das Ergreifen der erforderlichen Massnahmen bei einem Verfahrensverstoss überlassen kann. Im übrigen ergeben sich aus den sehr unterschiedlichen Verhältnissen bei den einzelnen Gesellschaften unterschiedliche Anforderungen an das Beschlussverfahren, denen die bisherige Behandlung durch die Gesellschaften und die Rechtsprechung sowie die vertretene Auffassung besser gerecht werden als eine ins einzelne gehende gesetzliche Regelung.

---

1) Schmidt, Umgestaltung, S. 76; ders. in GrosskommAktG § 92, 27; Schlegelberger-Quassowski, § 92, 42
2) Schmidt in GrosskommAktG § 92, 24, 27; Frels, Überweisung S. 54
3) Frels, S. 70, Schlegelberger-Quassowski § 92, 39
4) Radtke, BB 60, 1048
5) a.A. Scholz § 52, 15

LEBENSLAUF

Ich bin am 15. Juni 1935 als Sohn des Landgerichtsdirektors Dr. Hans Bernhard Scheuffler und seiner Frau Hilde, geb. Zeutschel, in Chemnitz geboren. Dort sowie in Kressbronn/Bodensee und Strahwalde/Herrnhut (Oberlausitz) besuchte ich die Volksschule, alsdann die Realschule in Eickelborn/Lippstadt und das humanistische Gymnasium in Chemnitz, an welchem ich im Juni 1952 die Reifeprüfung bestand. Zur Überbrückung bis zum Beginn des Studiums arbeitete ich in der Landwirtschaft, ferner als Praktikant bei einem Industrieunternehmen und einer Bank. Am 22. Januar 1960 legte ich vor dem Bay. Landesjustizprüfungsamt in München die erste juristische Prüfung ab. Seit 16. März 1960 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst tätig.